

TRAITÉ
THÉORIQUE ET PRATIQUE
DE
DROIT COMMERCIAL

NOUVELLE ÉDITION

, Comprenant, dans un ordre nouveau, l'ouvrage publié sous le titre

DU CONTRAT DE COMMISSION

OU

DES OBLIGATIONS CONVENTIONNELLES EN MATIÈRE DE COMMERCE

PAR

M. DELAMARRE

Conseiller honoraire à la Cour Impériale de Rennes, ancien Inspecteur de l'Académie du même ressort, Officier de l'ordre impérial de la Légion d'honneur et de l'Université.

ET

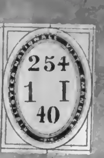
M. LE POITVIN

Docteur en droit, Professeur de droit commercial à la Faculté de Rennes

TOME PREMIER

PARIS
CHARLES HINGRAY, LIBRAIRE-ÉDITEUR
RUE DES MARAIS-SAINT-GERMAIN, 20

1861


254
1 I
40

TRAITÉ

THÉORIQUE ET PRATIQUE

DE

DROIT COMMERCIAL

PARIS. — TYP. DE COSSON ET COMP., RUE DU FOUR-SAINT-GERMAIN, 43.

TRAITÉ
THÉORIQUE ET PRATIQUE
DE
DROIT COMMERCIAL

NOUVELLE ÉDITION

Comprenant, dans un ordre nouveau, l'ouvrage publié sous le titre

DU CONTRAT DE COMMISSION

OU

DES OBLIGATIONS CONVENTIONNELLES EN MATIÈRE DE COMMERCE

PAR

M. DELAMARRE

Conseiller honoraire à la Cour impériale de Rennes, ancien Inspecteur de l'Académie du même ressort, Officier de l'ordre impérial de la Légion d'honneur et de l'Université.

ET

M. LE POITVIN

Docteur en droit, Professeur de droit commercial à la Faculté de Rennes

TOME PREMIER

PARIS

CHARLES HINGRAY, LIBRAIRE-ÉDITEUR

RUE DES MARAIS-SAINT-GERMAIN, 20.

1861

AVIS DE L'ÉDITEUR

La première édition de l'ouvrage que nous publions a paru sous ce titre : *Traité du contrat de commission et des obligations conventionnelles en matière de commerce.*

Les deux premiers volumes furent favorablement accueillis par la science et par le commerce. L'œuvre de MM. Delamarre et Le Poitvin remplissait en effet une lacune dans notre droit, mettait en lumière un sujet presque inconnu alors, nullement élaboré ; restituait son importance à une branche de notre législation.

Le point de vue où les auteurs se plaçaient pour embrasser leur sujet sous tous les aspects possibles, la profondeur, la clarté d'exposition de leur doctrine, l'enchaînement des déductions et la nouveauté des aperçus, attirèrent tout d'abord l'attention des jurisconsultes de la France et de l'étranger.

Les auteurs étaient encore inconnus que M. Troplong

disait : « C'est l'ouvrage le plus consciencieux, le plus « profond, le plus plein de doctrine et de la bonne doc- « trine, qui ait paru en jurisprudence depuis longues « années. Je dirai ce que j'en pense dans un article dé- « veloppé, et je ferai cet article, non par complaisance, « mais par devoir et *comme une dette envers la science.* »

De telles paroles, dans la bouche d'un homme aussi haut placé dans la science que M. Troplong, étaient une justice rendue au mérite de l'ouvrage et une garantie du succès.

Sous l'impulsion de son zèle pour la science du droit, et accomplissant envers elle un devoir de conscience, le savant magistrat fit, sur cet ouvrage, un rapport à l'Académie des sciences morales et politiques. Qu'il nous soit permis d'en extraire quelques lignes :

« C'est une œuvre remarquable.... Ce n'est pas une « de ces compilations rapides et négligées qui se font « avec des livres et des découpures. Les auteurs ont « voulu faire un traité approfondi, instructif, fort en doc- « trine et toujours éclairé par la critique.... — La ma- « tière qu'ils ont choisie n'avait pas encore été traitée *ex* « *professo.* Les anciens auteurs avaient jeté quelques « principes épars ; mais un corps de doctrine manquait « absolument. Le Code de commerce lui-même, au lieu « d'en étendre l'horizon, avait renfermé dans quatre ou « cinq articles, souvent obscurs et incomplets, cette ma- « tière qui embrasse les combinaisons les plus variées et « les plus difficiles. Aborder un tel sujet, c'était donc

« prendre l'engagement de le créer. MM. Delamarre et « Le Poitvin ont de précieuses qualités pour tenir cette « gageure.... Soigneux de tous les éléments, de toutes les « notions qui peuvent fonder un ouvrage large et solide, « j'ose dire qu'ils ont pleinement satisfait à ce précepte « salutaire et pourtant si méconnu de Cicéron, leur au- « teur favori : *In omnibus autem negotiis priusquàm ag- « grediare, adhibenda est præparatio diligens.* »

Pendant qu'un célèbre jurisconsulte s'exprimait ainsi à l'Institut de France, un savant étranger, jurisconsulte non moins illustre que critique éclairé, M. Mittermayer, professeur à Heidelberg, rendait au même ouvrage un témoignage non moins honorable. « Je ne connais pas, écri- « vait-il, un ouvrage sur cette matière si difficile et si « importante, qui réunisse, comme ce livre, la profondeur « des principes, le développement si spirituel des ques- « tions les plus difficiles, la clarté de l'analyse et de l'es- « prit de critique, qui approfondisse si bien les besoins et « les rapports du commerce. La science doit aux auteurs « de grands progrès. »

L'appréciation que des jurisconsultes faisaient de ce livre sous le rapport de la théorie, des commerçants éminents le faisaient aussi sous le rapport de la pratique; car si, suivant une pensée de nos auteurs, la théorie est le flambeau de la pratique, la pratique à son tour met la théorie à l'épreuve. Pour abréger, nous ne rappellerons que le témoignage d'un des négociants les plus distingués de Bordeaux, M. Delbos, président du tribunal de com-

jour sur une partie notable de notre loi commerciale. Ils s'en sont emparés, et ils ont fait une exposition aussi complète que méthodique.

La matière à traiter était vaste, ils l'ont embrassée dans son ensemble, ils en ont tiré des richesses jusqu'alors ignorées. C'est ce qu'a exprimé le journal *le Droit* d'une manière pittoresque, lorsqu'il a dit que, pour nos auteurs, la commission a été ce qu'est la toile pour les grands artistes ; ils s'en sont servis comme d'un tissu pour créer une *encyclopédie du droit commercial.* Questions de droit commercial, de droit maritime, de droit des gens, de droit civil, de douanes, tout cela est résolu, soit explicitement, soit en germe. C'est qu'en effet l'ouvrage est un recueil de principes autant que de solutions. Or, les principes ont le droit pour patrie, et le droit, dans son essence et dans la pureté de son application, implique l'idée d'un ensemble de règles dont l'immutabilité résiste à la diversité des temps, des lieux, des circonstances. « La « justice, en soi, dit Montaigne, naturelle, universelle, est « autrement réglée et plus noblement que n'est cette jus- « tice spéciale, nationale, contrainte au besoin de nos « polices. »

C'est parce qu'il a pour fondement et caractère le droit universel, uniforme, immuable, que ce livre a conquis sa place dans la science du droit, en France et à l'étranger ; qu'il a fixé bien des incertitudes dans la jurisprudence ; qu'il a fait adopter sa doctrine, ses solutions, par les tribunaux et même par la Cour de cassation, qui

« ne craint pas d'appeler sur ses arrêts la liberté d'exa-
« men, qui, loin de s'offenser de quelques critiques, se
« fait un devoir de reviser le point douteux, et, s'il y a
« lieu, une vertu de se réformer elle-même. »

Il est à regretter, écrivait, dans le *Siècle*, M. Championnière, trop tôt enlevé à la science, à ses amis, à sa famille,
« que ce livre n'indique pas par son titre seul tout ce qu'il
« contient. Sans doute, chacun sait que l'examen et l'ac-
« tion du contrat de commission comporte l'examen et
« l'action de toutes les conventions commerciales, mais
« ce n'est que par la réflexion qu'on arrive à reconnaître
« ce qui doit s'y trouver. Tant de livres sont plus gros par
« le titre que par leur contenu! Ici c'est le contraire qui
« doit être fait; c'est une condition fâcheuse pour l'ou-
« vrage; c'est à son mérite seul qu'il doit la haute estime
« dont il jouit près des jurisconsultes et des tribunaux. »

Nous avons soumis aux auteurs cette observation d'un homme qui fut le parent et l'ami de l'un d'eux. Ils ont pris également en grande considération cette opinion de plusieurs jurisconsultes éminents, que, leur livre étant un *Traité de droit commercial*, ils devaient au public et à eux-mêmes de faire correspondre le titre avec la réalité.

C'est donc après une nouvelle coordination de l'ensemble et de toutes ses parties, une révision de certains points, des additions à d'autres, qu'il convenait de changer le titre primitif de l'ouvrage, et de le remplacer par un titre plus conforme à l'étendue des matières dont il traite.

Une table analytique, placée à la fin du 6e et dernier

volume, en facilitant les recherches, justifiera ce changement et le mot d'un avocat distingué de la Cour de cassation, au sujet de cet ouvrage; « où l'on trouve, dit-il, les « principes fondamentaux du droit applicables à la solu- « tion des questions commerciales et même civiles, à la « différence de beaucoup d'autres où l'on cherche vaine- « ment ce dont on a besoin. »

Paris, le 20 décembre 1860.

TRAITÉ COMPLET

THÉORIQUE ET PRATIQUE

DE

DROIT COMMERCIAL

PRINCIPES GÉNÉRAUX

CHAPITRE PREMIER

Il existe un droit naturel; le Code civil et le Code de commerce sont deux applications de ce droit à deux ordres définis de choses :

Indépendance réciproque et législativement proclamée de l'un et l'autre Code; le commerce a son droit écrit, son droit non écrit; l'usage, l'intérêt du commerce, l'équité, en sont le supplément;

Ordre dans lequel le juge doit recourir aux divers moyens de faire droit.

§ I

EXISTENCE DU DROIT NATUREL, SA NÉCESSITÉ, SON UNIVERSALITÉ, SA SOUVERAINETÉ.

SOMMAIRE.

1. Définition du commerce en général; pourquoi les choses mobilières seules entrent dans son domaine.
2. Le commerce est une nécessité de l'état humain et social; les règles de ses transactions doivent être puisées dans la constitution humaine.
3. L'homme peut s'élever à la connaissance de principes universels, à la notion d'ordre universel, de bien et de mal, de juste et d'injuste.
4. Cette notion est un principe d'action, un motif de conduite, un devoir, une loi.
5. Dénier à l'homme la notion du juste et de l'injuste, c'est nier la justice divine.
6. Conséquences renfermées dans cette notion.
7. Résumé; définition du droit naturel; ce droit est susceptible de discussion, de perfection.
8. La science du juste et de l'injuste est la base de tout gouvernement civil.
9. Chaque société civile est régie par un droit propre et par un droit universel.
10. Le commerce ne peut être nationalisé, localisé; il lui faut des règles universellement obligatoires.
11. Cette vérité comprise par les Romains; pourquoi le droit romain, après l'invasion des barbares, sert de règle aux transactions mercantiles.
12. Une conséquence du principe d'équité a été une tendance à l'unité dans les principales règles des transactions commerciales.
13. C'est par le commerce que les sociétés modernes se sont développées.
14. Conclusion.

1. — Le commerce, dans le sens large du mot, est l'échange réciproque des choses mobilières, nécessaires à la subsistance de l'homme, ou propres à son usage, à son agrément.

Les choses mobilières seules entrent dans le domaine du commerce par deux raisons. L'une est tirée de la nature des choses : c'est que la mission première du commerce est de pourvoir aux besoins naturels de l'homme ; or, les choses mobilières seules sont susceptibles d'une consommation plus ou moins parfaite. L'autre est purement législative : c'est que la loi ne qualifie de commerciales que les opérations qui ont pour objet des meubles.

Ces choses sont connues sous la dénomination de *denrées* et de *marchandises.*

2. — Ce n'est pas sans dessein que la Providence a répandu sur la surface du globe une prodigieuse variété de produits suivant les divers climats, et qu'elle a multiplié les rivières, les fleuves, les mers. Elle a voulu établir un échange continu entre les peuples, et leur donner des voies naturelles de communication.

Les hommes ne peuvent pas plus vivre sans la réciprocité de leurs besoins, que sans le moyen de les satisfaire. C'est ce nœud, formé par des besoins sur lesquels le commerce fonde ses spéculations, qui fait que, riches ou pauvres, puissants ou faibles, nous sommes tous, plus ou moins, dans la dépendance les uns des autres. Une nation ne subsisterait pas, si, par impossible, tous y étaient riches ou également aisés ; mais dans l'état réel des choses, que serait le riche sans le travail du pauvre, et celui-ci sans le secours du riche ? Or, ce qui est vrai de l'homme considéré individuellement ne l'est pas moins de chaque peuple. Que deviendrait une nation qui, confinée dans son

territoire, et n'échangeant rien avec les nations étrangères, se verrait réduite à sa seule industrie et aux seules choses que produit son sol? ce que sont les Bédouins ou les peuples sauvages. Le commerce est donc à la fois le lien de l'association civile et le fondement de la société humaine. Il est de toutes les contrées et contemporain de la multiplication des hommes (1), qui ne peuvent s'en passer ni à l'état de famille, ni à l'état de tribu, ni à celui de nation.

D'un autre côté, puisque le commerce est de tous les temps, de tous les lieux, et nécessaire à tous, c'est donc aussi une nécessité corrélative que les règles fondamentales de ses obligations, de ses transactions, de ses décisions judiciaires, soient immuables, universelles, comprises partout et partout obligatoires.

Cependant, telles ne peuvent être des règles circonscrites dans la législation civile des différents peuples du globe; mais puisez-les dans la constitution même de l'homme, et vous les concevrez facilement avec ce caractère de permanence, d'*ubiquité*, d'uniformité, parce que naturellement la constitution humaine est partout la même. Aucune chose, dit Cicéron, n'est aussi semblable à une autre chose, que nous le sommes tous les uns aux autres : *Nihil est unum uui tam simile quàm omnes niter nosmetipsos sumus*. Si la dépravation des habitudes et la variété des jugements n'égaraient pas la faiblesse de nos esprits, nul ne serait aussi semblable à soi-même que chacun l'est

(1) Environ cinq cents ans après le déluge, les Ismaélites et les Madianites avaient déjà étendu leur commerce dans des contrées lointaines où ils allaient chercher des esclaves, des aromates, etc... Ce furent des marchands ismaélites qui achetèrent Joseph de ses frères, et le vendirent en Égypte avec d'autres marchandises, environ dix-sept cent vingt ans avant Jésus-Christ.

à tous : *Sui nemo ipse tam similis esset quàm omnes sunt omnium.* (Cic., *de Leg.*, 1, 10.)

Or, le mobile des actions humaines n'est point uniquement dans les instincts, les désirs, les affections dont le Créateur a doué l'homme. Plus noble est sa destinée, plus belle sa prérogative (1). Il est capable de connaître, de comprendre, de vouloir et de se déterminer par des motifs. Intelligence, liberté et raison, ou personnalité, voilà son attribut caractéristique : *Nec verò parva vis naturæ rationisque est quod unum hoc animal sentit quid sit ordo, quid sit quod deceat, in factis dictisque quis modus.* (Cic., *de Leg.*, 1, 4.)

Il lui est accordé, en vertu de sa propre constitution, de s'élever, des données de l'expérience, à la connaissance de principes universels, absolus, dont la vérité est entièrement indépendante de toute expérience, à la notion d'ordre universel, de justice universelle, de bien et de mal, de juste et d'injuste, et cette notion, il se la pose comme un principe d'action, un motif de conduite, comme un devoir, une loi : *Lex*, dit saint Thomas, *quædam regula est et mensura, secundùm quam inducitur aliquis ad agendum, vel ab agendo retrahitur* (S. Th., 2, 9, 90, art. 1) (2).

(1) Præclarâ quâdam conditione generatus à supremo Deo. (Cic. *de Leg.*, 1, 7.)

(2) La notion du juste et de l'injuste est-elle le produit d'une faculté, d'un sens moral, ou est-elle fondée sur l'essence de la raison humaine, étant une conception *à priori* de la raison, une révélation ? C'est une des questions les plus abstruses que soulève la théorie des facultés humaines. Quelques systèmes philosophiques nient le juste et l'injuste, la liberté humaine; ils ont rencontré peu ou point de faveur parmi les jurisconsultes. D'autres systèmes ont tenté de résoudre le devoir ou la morale dans l'égoïsme, l'instinct, la bienveillance, la sympathie, etc. ; mais ils sont impuissants à rendre compte des faits moraux, ou ils les contredisent. Du reste,

Mais cette notion n'est pas seulement contemporaine de la raison ; la raison lui doit soumission et obéissance. On ne peut concevoir le juste et l'injuste, sans concevoir en même temps l'obligation de faire l'un et de s'abstenir de l'autre. Car cette notion est une manifestation de la pensée de Dieu, auteur de tout ordre, de toute justice, de tout bien (1); et, répondant seule à la nature d'un être intelligent, libre et raisonnable, elle s'impose avec autorité. Cette loi n'est pas l'œuvre des hommes : *Hanc video sapientissimorum fuisse sententiam legem neque hominum ingeniis excogitatam, nec scitum aliquod esse populorum, sed æternum quiddam, quod universum mundum regeret imperandi prohibendique sapientiâ. Itâ principem legem illam et ultimam mentem esse dicebant omnia ratione aut cogentis aut vetantis Dei.* (Cic., *de Leg.*, 2, 4.) (2).

les grandes règles de la conduite humaine sont d'une telle nature, qu'elles frappent toute âme sincère, libre de préjugés ou de passions, et ceux qui les nient dans la spéculation ne les recommandent ou ne les observent pas moins dans la pratique : *Si rectissimum quid quærimus, perspicuum est ; si quid maximè expediat, obscurum*, a dit Cicéron ; et M. Royer-Collard : « Les hommes ne « sont ni aussi bons, ni aussi mauvais que leurs principes, et comme « il n'y a point de sceptique dans la rue, de même je m'assure « qu'il n'y a point de spectateur désintéressé des actions humaines « qui ne soit forcé de les distinguer comme justes et comme injus- « tes. Le scepticisme n'a point de lueur qui ne pâlisse à l'éclat de « cette vive lumière intérieure qui éclaire les objets de la percep- « tion morale, comme la lumière du jour éclaire les objets de la « perception sensible. » *Invincibiliter rapit assensum mentis.*

(1) Participatio legis æternæ in rationali creatura dictans et præscribens illud esse agendum quod intrinsecè bonum et per se necessarium ad finem naturæ rationalis, et illud fugiendum quod intrinsecè malum. (S. Thom., 2, 9, 91, art. 2.)

(2) Le mot *raison* est loin d'avoir un sens précis, employé qu'il est chaque jour, tantôt dans une signification, tantôt dans une autre. Dans son acception primitive et large, il exprime tous les prin-

3. — Quand Cicéron se propose de rechercher le fondement du droit (*tota causa juris universi*) et des lois qui doivent régir les peuples (*quibus regi debeant civitates*), il demande avant tout si on lui accorde l'existence d'un Dieu créateur et conservateur, providence qui embrasse la création, principe de toute intelligence, de toute vérité, de toute justice, et si ce Dieu, en créant l'homme pour une grande destinée, ne s'est pas plu à l'orner de facultés éminentes. Puis, la raison étant ce qu'il y a de plus parfait dans le ciel et sur la terre, il existe, dit-il, entre Dieu et l'homme société de raison, *rationis societas*, ressemblance, *similitudo*, parenté, *cognatio*, participation à la vérité même, *recta ratio communis*. Si un immense abîme sépare l'excellence humaine de la perfection divine, si la raison humaine, loin d'être un écoulement de la raison divine, n'en est qu'un faible reflet, du moins la pensée de Cicéron est noble, grande, majestueuse, et nul mortel, abandonné à ses propres lumières, n'a exprimé ni sous une plus belle forme, ni dans un plus beau langage, la

cipes qui distinguent l'homme de la brute : *Ratio ex quâ præstamus belluis, quâ conjecturâ valemus*, etc. (Cicer., 1, 10, *de Leg.*) ; dans une acception plus restreinte, il signifie la faculté de distinguer le vrai du faux, le juste de l'injuste, et de combiner les moyens d'atteindre un but. C'est le sens populaire, et dans lequel il est employé par Locke et par Huygens. *Ratio est quæ sensum justitiæ, honesti.... ingenerat, bona ac mala in universum discernere docet, quæ animum disciplinæ multorumque inventorum capacem reddit*. D'autres philosophes appellent *raison* la faculté de distinguer le vrai et le faux ; le juste et l'injuste sont le produit d'une autre faculté diversement nommée par les divers moralistes. Nous entendons ici par *raison* de l'homme la faculté qu'il a de concevoir, à l'occasion de faits observés, ce qui n'est pas une donnée de l'observation. Par exemple, en voyant deux faits se succéder, nous concevons la notion de durée ; en voyant un fait commencer, nous concevons la notion d'une cause ; de même en voyant des actes humains, nous concevons la notion de bien et de mal, de juste et d'injuste.

grandeur de l'homme, sa destinée, et la nécessité de fonder le devoir, la morale, le droit et la législation sur une base immuable. Philosophe et jurisconsulte, il a compris que, de même que le gouvernement du monde physique ne peut s'expliquer que par une providence divine, de même le gouvernement du monde moral reste un mystère impénétrable sans la pensée de Dieu se révélant à la raison humaine. La raison de l'homme est la perpétuelle manifestation de la raison de Dieu (1); la raison humaine reconnaît en elle-même la raison divine, et ne peut la reconnaître sans être obligée de s'y conformer.

Que la notion du bien et du mal, que la loi du devoir soit primitive, universelle, obligatoire, chacun en reste convaincu, lorsqu'il descend au fond de lui-même, et qu'il juge dans le calme des passions : *Ipsi sibi sunt lex : ostendunt opus legis scriptum in cordibus suis, testimonium reddente illis conscientiâ ipsorum, et inter se invicem cogitationibus accusantibus, aut etiam defendentibus* (saint Paul, *ad Rom.*, 2, 14, 15). Toutes les langues l'attestent ; car toutes consacrent les mots *bien, mal, juste, injuste, équité, moralité, probité, devoir, droit*, etc. Or, les langues, image de la pensée, n'ont point été inventées pour exprimer de purs sons, des mots vides de sens. Cette même vérité, les religions, les coutumes, les mœurs, les traditions des peuples, la proclament ; tous les gouvernements humains, toutes les institutions sociales la constatent, puisque tous ont pour but de réglementer les actions des hommes, et, en les maintenant dans la voie de la vertu, d'augmenter leur bien-être physique et moral. Les jugements moraux ne l'impliquent pas moins que les opé-

(1) O raison ! n'est-tu pas celui que je cherche ? (Fénelon.) *Nullam esse animam quæ ratione uti possit, in cujus conscientiâ non loquatur Dominus.* (Saint Augustin.)

rations sociales : quelle indignation excite en nous l'auteur d'un crime ou d'une perfidie ! de quels éloges nous poursuivons les actes d'un homme de bien ! La promesse et le contrat peuvent-ils se concevoir sans la bonne foi et la confiance ; la confiance et la bonne foi, sans le juste et l'injuste ?

C'est l'idée d'ordre, de bien, de juste, de beau, de vrai, que l'homme cherche à atteindre et à réaliser dans ses rapports avec Dieu, avec lui-même, avec ses semblables, avec les êtres animés ou inanimés de la création. Mais, suivant cette belle et vraie pensée de Cicéron, nous n'apercevons ce qui est bien, ce qui est juste, que par fragment ; nous n'en distinguons à peine qu'une ombre : *Sed nos veri juris germanæque justitiæ solidam et expressam effigiem nullam tenemus : umbrà et imaginibus utimur ; eas ipsas utinàm sequeremur !* Dieu seul, en effet, le connaît et l'embrasse dans son ensemble, et notre excellence morale n'est qu'une bien faible image de la perfection divine.

Comme donc les hommes ont toujours cru à l'existence du monde extérieur sur le témoignage de leurs sens, de même, dans tous les temps et dans tous les lieux, ils ont été persuadés, par la seule lumière de la raison, que le bien diffère du mal, le juste de l'injuste. Une idée aussi constante, aussi universelle, ne saurait être un préjugé, une erreur : *Consensio hominum naturæ vox putanda est.* C'est une notion primitive, fondamentale, *inchoata intelligentia* (1), révélée à tous les hommes, par cela seul qu'ils sont doués de raison, inhérente à leur nature d'êtres raisonnables.

(1) Expression de Cicéron.

Platon attribue la connaissance des principes au souvenir d'une

4. — Il y a donc pour l'homme un motif d'action, une règle de conduite, un principe moral, une loi naturelle enfin, obligatoire pour tous par elle-même (1). C'est ce qu'avaient admirablement compris les grands jurisconsultes de Rome. Qu'est-ce que le droit? *Quod æquum et bonum est*, dit Ulpien. Enseigner le juste et l'injuste, distinguer le juste de l'injuste, rendre l'homme vertueux par la crainte des peines ou l'espoir des récompenses, telle est la mission philosophique des prudents, *veram non fucatam philosophiam affectantes*. Voilà comment ils consignent les résultats de la question morale du droit. Par quels principes l'ont-ils résolue? *Non ex edicto prætoris neque ex* XII *Tabulis, sed ex intimâ philosophiâ haurienda*

autre vie, et c'est ainsi qu'il explique la présence en nous des axiomes et des vérités éternelles. Cicéron lui emprunte quelquefois cette idée : *Ex quo efficitur illud, ut is agnoscat Deum, qui, undè ortus sit, quasi recordetur, ac noscat.*

Mais d'un Être infini je me suis souvenu,
Dès le premier instant que je me suis connu.
RACINE, fils, *la Relig.*

La philosophie stoïcienne, qui a fourni à Cicéron de belles pages et des railleries caustiques, exaltait, outre mesure, l'excellence morale de l'homme : *son sage est Dieu.* Mais du moins elle avait compris la nécessité du devoir et la grandeur de l'homme, sans pouvoir s'en rendre compte. Il semble qu'elle préparait les esprits les plus élevés du paganisme à la révélation du mystère de l'humanité.

(1) Le mot *loi* a divers sens qu'il ne faut pas confondre.

Quand on dit que l'univers est le résultat des lois établies par Dieu, *loi* signifie un mode uniforme d'opérer que Dieu s'est prescrit à lui-même, l'ordre établi dans la succession des événement physiques.

On appelle aussi *loi* l'établissement d'un fait général dans l'ordre de la nature, d'un fait trouvé uniforme par l'expérience et auquel nous avons foi pour l'avenir; mais si cette conclusion générale, tirée de faits particuliers, vient à cesser dans un seul cas d'expérimentation, plus de loi.

Lorsque Montesquieu, appelant *lois* les rapports nécessaires qui

est juris disciplina. Or, cette philosophie dont parle Cicéron, *vera non fucata*, c'est celle qui recherche le souverain bien, qui s'occupe de ce qui est honnête et de ce qui ne l'est pas, de ce qui rend l'homme bon et vertueux ; c'est celle qui lui trace des règles de conduite, qui lui enseigne ses devoirs dans les diverses circonstances de la vie. Ainsi le droit, c'est la morale, l'appréciation des actes humains par la loi du devoir. Et cette loi, qu'est-elle ? La vérité, l'éternelle vérité, l'immuable vérité : *Recta ratio, sempiterna, constans ;* c'est Dieu : *unusque erit quasi magister et imperator omnium Deus, ille legis hujus inventor, disceptator, lator* (1). C'est à cette hauteur que se sont élevés les jurisconsultes de Rome ; là remonte le droit ; là est son origine.

dérivent de la nature des choses, dit : « Tous les êtres ont leurs lois, « la Divinité a ses lois, le monde matériel a ses lois, les bêtes ont « leurs lois, l'homme a ses lois..... Mais il s'en faut bien que le « monde intelligent soit aussi bien gouverné que le monde physique, » il fait confusion de divers sens du mot *loi*, et une assimilation qui repose sur cette confusion. Le monde physique, tous les êtres de la création ne peuvent pas ne pas obéir à la fin qu'ils accomplissent, à leur organisation constitutive, à l'ordre établi pour leur conservation, pour leur développement; sans quoi ils cesseraient d'exister. Mais la loi morale d'un être ne dépend pas de la nécessité de son observance ; ce qui la constitue, c'est qu'elle apparaisse à la raison avec un caractère obligatoire ; car elle n'est qu'un motif d'agir conçu par un agent raisonnable et libre. Elle est impersonnelle, supérieure à la raison, universelle, absolue, et ne peut sortir des cas singuliers fournis par l'observation. *Omnes profectò*, dit Kant, *in eo facilè consentiunt, legem quæ moralis, hoc est, obligationis fundamentum esse debeat, necessitatem simul absolutam sibi adjunctam habere ... atque hæc est ratio et indoles omnium præceptorum moralium, ut fundamentum obligationis quæri non debeat in certo quodam mundi statu, quin potiùs in rationis notionibus à priori*. (*Constit. princip. met.-phys. morum*, n° 7.)

(1) V. cet admirable passage de Cicéron : *Est quidem lex vera, recta ratio, etc.*, 1, 3, 17, *de Republ.*

5. — En effet, dénier à l'homme la faculté d'observer et de comparer, ce serait le ravaler au-dessous de la brute ; personne n'y songe. Déniez-lui la raison, il cesse d'être homme ; c'est un système que nul n'oserait proposer. Mais dénier à la raison, aidée de l'observation et de la comparaison, le pouvoir de nous donner la notion primitive du juste et de l'injuste, c'est nier la justice divine, ou plutôt nier Dieu lui-même, que l'on ne peut concevoir que souverainement juste, et nier en même temps la justice humaine, qui n'en est qu'une émanation ; car comment pourrions-nous mériter ou démériter devant Dieu ou devant nos semblables, si nous ignorions la bonté ou la méchanceté intrinsèque de nos actions?

Mais, pour savoir si une action est mauvaise en soi, nul besoin de connaître les lois écrites et promulguées qui la punissent. Il suffit de la conscience ; sans cela, toute punition serait injuste.

La justice divine ne punit certainement pas l'action d'un homme privé de sa raison ; la justice humaine, pas davantage. Ce serait le comble de l'iniquité ; chacun le sent, chacun se l'avouera, à moins de s'inscrire en faux contre sa propre conviction (1); et pourtant chacun sent bien encore que le malfaiteur ignorant et grossier subit justement sa peine, quoiqu'il n'ait jamais lu ni entendu lire la loi qui défend et punit le fait dont il s'est rendu coupable. Et pourquoi sa punition est-elle juste? Parce

(1) Prouver l'existence d'une loi naturelle à celui qui nierait l'existence de Dieu, serait chose impossible. De même, comment prouver à quelqu'un qu'il est convaincu d'une chose, s'il ne veut pas en convenir? Il peut mentir librement à sa conviction, mais il ne saurait ni l'évoquer, ni la répudier. Molière fait dire à un interlocuteur : « Eh ! sur quoi le croyez-vous ?— Parbleu ! répond l'autre, sur ce que je le crois. » Parole pleine de sens, qui signifie que la conviction n'est pas un acte de la volonté.

que sa raison seule suffisait pour lui apprendre l'injustice de l'action à laquelle il s'est librement porté.

Nous disons *librement ;* car de même que les actions humaines seraient moralement indifférentes, si sa raison ne faisait pas distinguer à l'homme le juste de l'injuste, de même nulle moralité dans l'action de quiconque est privé de son libre arbitre. Voilà pourquoi le Créateur nous a doués de la raison qui distingue, et de la liberté qui choisit entre le bien et le mal (1). C'est cette double opération de la raison et du libre arbitre qui constitue l'innocence ou la culpabilité, aussi bien devant Dieu que devant les hommes.

Or choisir, c'est raisonner. L'homme peut donc non-seulement s'élever à l'aide de sa raison jusqu'à la notion première du juste et de l'injuste, mais il lui est donné en outre d'en déduire des conséquences, et ces conséquences sont autant de règles qui l'obligent, à moins que l'on ne prétende que la raison et le raisonnement ne lui ont été départis que pour satisfaire une curiosité frivole.

6. — Mais, parmi les conséquences que renferment ces premières notions, les unes sont prochaines, directes, immédiates ; les autres, plus ou moins éloignées, plus ou moins indirectes, plus ou moins médiates. Il en est ainsi de toutes les sciences humaines.

(1) On connaît l'argument du scepticisme contre le libre arbitre : Dieu a tout prévu de toute éternité, et Dieu est infaillible; tout arrive donc par une nécessité inévitable. L'objection se réfute ainsi : Dieu ne *prévoit* pas ; c'est une locution du langage humain. Il n'y a pour Dieu ni passé ni futur. Il voit dans l'avenir les actions telles qu'elles résulteront des déterminations humaines, comme nous voyons dans le passé. Or voir des effets, ce n'est pas en forcer la cause. La prescience divine n'implique donc l'idée d'aucune contrainte sur la volonté de l'homme.

Les conséquences de la première espèce sont nécessairement aperçues de tout homme qui a l'usage de la raison ; car l'évidence en est la même que la clarté du jour pour quiconque n'est pas privé du sens de la vue. Mais il n'est pas donné à tous d'apercevoir les conséquences de la deuxième espèce. Non-seulement il est des hommes qui les peuvent ignorer ; il en est aussi qui peuvent leur en substituer de fausses. Ce qui constitue le droit comme science, c'est l'art de tirer médiatement les conséquences renfermées dans les premières notions que tous ont du juste et de l'injuste, et de n'en tirer que de vraies. Là commence la science, *ars æqui et boni.* Ce que personne n'ignore n'est pas une science, c'est une notion, *necessaria intelligentia.*

Par exemple, une conséquence immédiate de la notion du bien et du mal, est ce grand principe : *Ne fais pas à autrui ce que tu ne voudrais pas qu'on te fît à toi-même.* Il n'est pas un seul homme jouissant de sa raison qui ne le saisisse, et ne soit capable d'en déduire à l'instant même cette application, qu'il ne doit pas attenter à la vie de son semblable, le blesser, le mutiler. Mais, à part les législations positives, qui d'ailleurs n'ont pas toujours existé, est-ce une bonne ou une mauvaise action que de tuer un homme qui veut en tuer un autre ? C'est un cas compliqué, dont la solution exige plus d'un raisonnement. D'abord si l'action n'est pas un mal, il y a donc au moins une exception au principe, et c'est ce que beaucoup d'hommes peuvent ignorer innocemment. Mais l'exception une fois découverte, que faut-il de plus pour que l'action soit permise, et à quoi peut-il tenir qu'elle ne le soit pas ? Voilà sur quoi il n'est pas donné à tous de raisonner également bien (1).

(1) « Il n'y a ni crime, ni délit, lorsque l'homicide, les blessures « et les coups étaient commandés par la nécessité actuelle de la

Une conséquence immédiate de la notion primitive du juste et de l'injuste est encore celle que formule le septième précepte du décalogue. Il n'est pas un seul homme ayant l'usage de sa raison, quelque ignorant qu'on le sup-

« légitime défense de soi-même ou d'autrui. » (Art. 328 C. pén.)

Il faut donc : 1° nécessité, laquelle n'existe pas quand d'autres moyens peuvent être employés avec le même succès ; 2° nécessité *actuelle*, qui ne peut exister, le péril une fois passé, ou le crime de l'oppresseur une fois commis.

Dans le for intérieur, on exige de plus que celui qui tue en cas de légitime défense, n'ait aucune intention précise de donner la mort. Quant au mot *légitime*, il signifie qu'il y aurait crime à tuer quelqu'un pour empêcher un homicide ordonné par la loi et commandé par l'autorité légitime, *v. g.* l'exécuteur des jugements.

Les casuites que nous avons compulsés traitent tous de l'homicide commis dans la légitime défense de soi-même ; mais nous n'en connaissons pas, quoiqu'il puisse en exister, qui aient parlé de l'homicide commis pour la défense d'autrui. Loin de nous la pensée de vouloir nous ériger en théologiens. Nous dirons comme Cicéron : *Cùm de religione agitur, T. Coruncianum, P. Scipionem, P. Scævolam pontifices maximos, non Zenonem aut Cleanthem, aut Chrysippum sequor.* (*De nat. Deor.*, l. 3, § 4.)

Néanmoins nous pensons qu'il est permis de rechercher le fondement de la loi qu'on vient de transcrire. Or cette loi prend sa source dans le droit naturel qui nous recommande de faire pour autrui ce que nous voudrions qu'on fît pour nous-mêmes ; et la législation sociale se l'est expressément appropriée, parce qu'il est de l'intérêt de la société que tous ses membres se prêtent un mutuel secours. Les conditions exigées par l'art. 328 pour qu'un homicide soit innocent sont toutes des conséquences renfermées dans la notion première du juste et de l'injuste ; mais le législateur ne les en a déduites qu'à l'aide d'un grand nombre de raisonnements enchaînés les uns aux autres, et dont toutes les intelligences ne sont pas indistinctement capables. L'art. 329 n'a pas une autre source ; seulement, pour l'en déduire, il a fallu des raisonnements encore plus compliqués.

Blessé à mort et sentant approcher sa fin, Saül, pour terminer ses souffrances, conjure un Amalécite de le délivrer d'un reste de vie. En tuant Saül, l'Amalécite fit une mauvaise action ; elle blessait le droit naturel ; mais ce fut l'effet d'un faux raisonnement.

pose d'ailleurs, qui n'ait la conscience de l'injustice qu'il commet, s'il s'empare manuellement de ce qu'il sait la propriété d'un autre : *Ipse sibi lex est*. Mais les hommes de peine, les ouvriers, les domestiques, savent-ils tous indistinctement que c'est prendre le bien d'autrui que de ne pas remplir exactement les obligations de leur état? Non, sans doute, et beaucoup d'entre eux l'ignoreraient, si le pasteur ne les en instruisait. Pourquoi? parce que cette deuxième conséquence ne dérive du principe que d'une manière indirecte.

En un mot, plus les conséquences s'éloignant de leur principe exigent de raisonnements intermédiaires, plus il est facile que l'homme les ignore ou se trompe. Combien de commissionnaires qui pensent qu'un salaire leur est dû, alors même qu'ils n'ont fait que vendre leur propre chose!

L'homme peut donc errer de bonne foi sur les conséquences éloignées qui dérivent médiatement des premiers principes du droit naturel, jamais sur celles qui en dérivent immédiatement (1). Mais, en matière de conventions,

(1) C'est le sens dans lequel saint Augustin explique les paroles de l'Apôtre ci-dessus rapportées : *legem non habentes, ipsi sibi sunt lex*... « Quis, dit saint Augustin, de justitiâ interrogatus, quando non habet causam, non facilè respondeat quid sit justum? quando quidem manu formatoris nostri in ipsis cordibus nostris veritas scripsit : quod tibi non vis fieri, ne facias alteri. Hoc, et antequàm lex daretur, nemo ignorare permissus est, ut esset undè judicarentur et quibus lex non esset data.... scripta lex quid clamat eis qui deseruerunt legem scriptam in cordibus suis? redite, prævaricatores, ad cor. Quis enim te docuit, nolle accedi ab altero ad uxorem tuam? Quis te docuit, nolle injuriam pati?... judicas enim malum esse in eo quod pati non vis : et hoc te cogit nosse lex intima in ipso corde conscripta.... furtum bonum est? non. Interrogo : an adulterium bonum est? omnes clamant, non. Homicidium bonum est? omnes clamant, non. Homicidium bonum est? omnes clamant detestari se. Concupiscere rem proximi bonum est? non, omnium vox est...» (*In psalm.* LVII, 1; *in psalm.* CXVIII; *sermo* 25, n° 4.)

et surtout de conventions commerciales, *tel est l'ordre admirable de la Providence*, que les principales conséquences des premiers principes du droit naturel en dérivent presque toujours immédiatement. Que si l'une des parties a ignoré ou mal déduit certaines conséquences éloignées, son ignorance ou son erreur pourra, selon les circonstances, être excusable dans le for intérieur; mais dans le for extérieur les conséquences vraies n'en sont pas moins les seules applicables, parce que si celui qui s'y est mépris les eût connues, il s'y serait conformé ou aurait dû le faire.

7. — Ainsi, résumant l'exposé qui précède, nous pouvons conclure que :

1° Non-seulement il existe pour l'homme une loi morale, des devoirs et des droits, mais il existe aussi une science de ce qu'il doit faire, de ce qu'il doit éviter dans les divers cas de sa conduite, une science du juste et de l'injuste, *ars æqui et boni;* car l'homme peut, réfléchissant sur les principales situations de la vie, y appliquant la notion fondamentale qu'il trouve en lui, déterminer les règles de la conduite à tenir, et, les classant dans un certain ordre, construire une science des devoirs et des droits : *Natura rerum plurimarum necessarias intelligentias inchoavit, quasi fundamenta scientiæ.* (Cic., 1, 9, *de Leg.*)

La recherche et l'exposé des règles que l'homme découvre comme un motif obligatoire de conduite, sont l'objet du *droit naturel, justi et injusti notitia* (1).

(1) On donne ici à ce mot toute son extension : *jus naturale omnem humanitatem complectitur* (Tulden). C'est la science des règles de la conduite humaine dans toutes les relations, dans toutes les circonstances de la vie. Elle trace des règles au magistrat et au citoyen, au maître et au serviteur, au père et à l'enfant, à l'indigène et à l'étranger, à l'ennemi et à l'ami, à l'acheteur et au ven-

2° La notion primitive du bien et du mal, du juste et de l'injuste, est l'attribut de tous les hommes qui ne sont pas privés de l'usage de leur raison; elle suffit, dans les cas simples, à la conduite de chacun; mais, dans les cas compliqués, tous n'en déduiront pas les véritables conséquences. La raison qui nous la révèle est bien commune à tous, pareille comme faculté, différente en tant que science, *ratio communis, discendi facultate par, doctrinâ differens.* Les conceptions morales, comme toutes les autres, sont susceptibles de culture, de développement; elles peuvent même être perverties. Car l'homme a des penchants, des désirs, des instincts, qui, bien réglés, concordent avec le devoir et en rendent l'accomplissement plus doux, mais qui, affranchis de tout frein et de toute modération, sont une cause de désordre moral et physique.

Suivant que l'on pénétrera dans cette notion, qu'on la saisira sainement, qu'on la suivra dans ses applications nombreuses et importantes, l'on en déduira des règles de conduite plus ou moins conformes à la destinée et à la nature de l'homme. Ainsi l'on voit que le *droit naturel,*

deur, etc... Toute créature humaine y est soumise dans ses actions, dans ses paroles, dans ses pensées. « On peut, dit un philo- « sophe (Reid, t. 6, p. 314), en comparer les principes aux lois du « mouvement dans le monde matériel, lesquelles, quoique simples, « règlent cependant une quantité innombrable d'opérations diverses « dans toutes les parties de ce vaste univers. »

Cette science est aussi désignée sous le nom de *morale*. Des auteurs, toutefois, appellent *théologie naturelle* la partie de la science qui traite des relations de l'homme avec Dieu; *morale personnelle*, celle qui traite de la conduite de l'homme envers lui-même; *droit naturel*, celle qui concerne les relations de l'homme avec ses semblables, et dans les écoles, celle qui traite des règles correspondantes à un droit positif.

Ce ne sont là que des parties d'un tout, du grand système de la conduite humaine.

que la *morale* est susceptible de discussions, de raisonnements, de perfection, comme toute autre science.

Dès lors, on ne doit pas s'étonner que ce qui est de droit naturel pour l'un, ne paraisse pas tel à l'autre. Car, encore bien que les grandes règles, en ce qui concerne les devoirs essentiels de la vie, se découvrant d'elles-mêmes, soient et aient été unes et les mêmes dans tous les âges et chez tous les peuples les plus éloignés, les situations où l'homme peut se trouver placé sont si diverses, si changeantes, si compliquées, qu'il n'est pas toujours facile de voir comment il doit se conduire, et les établissements humains modifient tellement les divers états, qu'il n'est pas moins difficile de distinguer ce qui est d'élément naturel et ce qui est d'élément positif. Mais de cette diversité, rien à conclure contre l'existence du principe moral, pas plus qu'on ne peut nier la notion de la vente donnée par l'art. 1582 du Code civil, parce que les auteurs qui la commentent n'en déduisent pas les mêmes conséquences. Cette variété d'applications, loin de détruire le principe, le confirme, en prouvant que partout existe la notion du bien et du mal, et qu'on cherche à l'appliquer, à la réaliser. « Il y a, dit Épictète, des notions « communes dont les hommes conviennent également ; « les disputes, les séditions, les guerres, d'où viennent-elles? de l'application des notions communes à « chaque cas particulier. La justice et la sainteté sont préférables à toutes choses, personne n'en doute ; mais telle « chose est-elle juste, est-elle sainte? Voilà pourquoi l'on « s'égorge (1). »

Qu'importe l'exemple de quelques peuples qui ont paru

(1) Nos legem bonam à malâ nullâ aliâ nisi naturæ normâ dividere possumus. Nec solum jus et injuria à naturâ dijudicatur, sed omninò honesta et turpia. Nam et communis intelligentia nobis notas

méconnaître des règles sacrées, en autorisant, *v. g.*, le meurtre des vieillards, ou en permettant le larcin? N'ont-ils pas été inspirés par un faux sentiment d'humanité pour des hommes qu'accablaient les infirmités de l'âge, ou par de purs motifs de politique, comme à Sparte? Car ces mêmes peuples ont honoré d'autres vertus morales, l'hospitalité, la tempérance, le dévouement, la justice, preuve irrécusable qu'ils avaient la notion du devoir, de la loi morale, mais qu'ils en faisaient quelquefois une déplorable application.

Ce n'est pas sans raison que les jurisconsultes de Rome définissaient le droit naturel (1) *jus quod naturalis ratio inter omnes homines constituit et apud omnes populos perœquè custoditur*, et qu'après eux les modernes ont dit que Dieu a gravé ce droit dans la raison et le cœur de l'homme : *Scriptum*, pour nous servir des belles expressions de l'apôtre, *non attramento, sed spiritu Dei vivi, non in tabulis lapideis, sed in tabulis cordis carnalibus.* C'est qu'en effet les premiers principes de ce droit, nous ne les apprenons pas, nous les trouvons en nous, invariablement attachés à notre nature, inséparables de notre raison : *Sumus enim ad id (jus) non docti, sed facti, non instituti, sed imbuti, et id omnes effamur, ratiocinamur, præfamur. Juris istius scientes sumus et sacerdotes* (Cujas, L. 9, *de Jur. et just.*). Dieu ne pouvait créer l'homme, être intelligent et moral, sans lui donner la connaissance des premiers préceptes moraux (2), et la connaissance, comme l'application de ces

res efficit, easque animis nostris inchoavit, ut honesta in virtute ponantur, in vitiis turpia. (Cicer., 1, 16 *de Leg.*)

(1) Jus gentium, jus naturale, jus humano generi commune.

(2) Deus ab initio constituit hominem et reliquit illum in manu consilii sui : adjecit mandata et præcepta sua. (Ecclesiast., cap. XV.)

préceptes, est indépendante de la formule dont on les revêt dans l'état social. *Honore Dieu, respecte ton père, rends à autrui ce qui lui appartient...* sont des idées communes à tous, comprises par tous, obligatoires pour tous. Ce n'est pas, comme on l'a dit, que quelques peuples n'aient pu dévier en quelques points des règles les plus évidentes de la morale; car la nature de l'homme est fragile et susceptible de se dépraver : *Desuescit malis moribus aut operibus depravatis.*

L'existence du droit naturel ne peut donc être niée, ni par suite la science elle-même; car s'il y a un principe moral, s'il y a des règles de conduite, il y a une science qui a mission de les rechercher, de les classer, de les coordonner.

8. Cette science du juste et de l'injuste est la base de tout gouvernement civil : *Jus civile est quod neque in totum à jure naturali vel jure gentium recedit, neque per omnia ei servit* (1). Car dès que l'homme est destiné pour la société, qu'il est capable de concevoir une règle obligatoire de conduite, il peut être gouverné. Or, tout gouvernement humain a pour fin de rendre la société heureuse, et il ne le peut faire qu'en rendant la société vertueuse et bonne (2). C'est donc la notion d'ordre, de bien, de juste, que les gouvernements des peuples se proposent de réaliser dans leurs divers règlements; c'est aux principes de la législation naturelle que doit s'inspi-

(1) Ulp., L. 6, D., *de Jur. et just.*

(2) Finis et scopus ad quem leges intueri, atque ad quem jussiones et sanctiones suas dirigere debent, nonalius estquàm ut cives feliciter degant. Id fiet si pietate et religione rectè instituti, moribus honesti... fuerint. (Bacon, *Aphor.* 5.)

rer la législation positive (1) ; et, quelles que soient les institutions que suggère le fait social, quels que soient les changements dus aux temps et aux circonstances, c'est la règle du juste et de l'injuste que les bonnes lois cherchent à représenter ; c'est elle aussi que les mauvaises lois prétextent dans leurs dispositions même les plus arbitraires ou les plus tyranniques (2). Mais vainement on voudrait donner le change ; ce serait faire violence à la nature humaine, à la société humaine. Or, nul état de violence n'a été durable, et, sous la foudre des révolutions, l'idée du juste et de l'injuste s'épure et se fait jour ; car elle est impérissable (3).

Que le gouvernement politique ne soit pas le même chez les diverses nations ; que, chez un même peuple, il soit sujet à des vicissitudes ; que le droit sur l'état des personnes et de la propriété subisse la même diversité et la même variation, il n'importe. Le pilote n'observe pas toujours les mêmes règles ; il les approprie aux événements et aux dangers ; dira-t-on pour cela que son art est arbitraire ou n'existe pas? Un État politique, comme le ciel et la mer, éprouve des orages ; les passions humaines, quand elles brisent leur frein, soulèvent des tem-

(1) Lex humana non differt à lege naturæ, nisi prout differunt pars à toto, rivus à fonte, genitum à generante, fundatum à fundamento (Scaccia, § 1, q. 7, n° 14.)

(2) Exemple : loi du 28 pluviôse an VIII. On lit dans les motifs que les conseils de préfecture sont institués « pour donner à la propriété des juges accoutumés au ministère de la justice, à ses « règles, à ses formes. » Personne n'a été dupe de ce langage ; les tribunaux administratifs sont devenus un objet de réprobation ; c'est un fait qu'il n'est plus possible de nier.

(3) Quamvis enim demersæ sunt leges alicujus opibus, quamvis timefacta libertas, emergunt tamen hæc aliquandò.... Acriores autem morsus sunt intermissæ libertatis quàm rotentæ. (Cicer., *de Leg.*)

pêtes qui en changent la face. Les lois politiques et privées ont pour objet de reconstituer la fortune publique, de remédier au malheur des temps, de ramener le calme ; elles doivent s'accommoder aux conjonctures (1). Mais de toutes ces commotions, de tous ces changements, quelle est la fin, quel est le prétexte ? l'ordre, la justice, le bien public. Tant il est vrai que la notion du juste et de l'injuste est inséparable de l'humanité ; qu'on la poursuit sous toutes les formes, et qu'elle survit à toutes les catastrophes des peuples. Elle ne répudie aucune forme gouvernementale ; elle régit toute société comme l'homme seul et dans toutes les relations ; sur elle repose, dans un État, dans le monde même, la stabilité de l'ordre ; elle fait la garantie du droit entre les peuples, du droit public, du droit privé ; elle préside à toutes les institutions judiciaires, à tous les règlements législatifs. C'est elle que l'on formule dans les règles positives des obligations, des conventions, de leur exécution, de leur interprétation ; et, en l'absence d'un texte, c'est elle que l'on invoque comme la loi des parties, comme la décision souveraine du juge.

En un mot, c'est le principe moral que, dans les diverses transformations de la société, les hommes veulent développer, expliquer, combiner, appliquer, sanctionner, et, quand l'établissement de l'homme est en défaut, c'est encore lui qui sert de supplément : *Temporali lege nihil justum ac legitimum quod non ex hâc æternâ lege*

(1) Suos quæque civitas modos habet, sua momenta, suas utilitates, et quod utile est huic civitati, possit esse inutile alteri, et contrà. Et hæ ipsæ utilitates cujusque civitatis variantur pro temporum moribus : quâ ex re sequitur legum civilium mutatio, nec ulla unquàm fuit lex civilis æterna, nulla diffusa in omnes gentes. (Cujas, ad leg. IX, *de Jure et justit.*)

homines derivaverunt (S. Aug., l. 1, cap. 2, *De lib. arb.*). Tel est le rôle du droit naturel; il n'est aucune partie de la législation dont il ne soit l'âme, et qu'il ne vivifie de la puissance de ses maximes.

9. Chaque société civile se circonscrit dans un temps, dans un espace, dans un territoire, sous un climat déterminés, avec des mœurs et des habitudes propres, avec des conditions spéciales d'existence et de développement en rapport avec les peuples, les lieux qui l'environnent, et une foule de circonstances particulières. Elle a sa religion, sa forme de gouvernement, ses traditions, son caractère, ses avantages de localité, et, tant que son bien-être l'exige, elle tend à se conserver elle-même intègre, et à maintenir son individualité, son originalité. Ce sont là autant d'éléments qui font partie intégrante de sa législation, ou qui y exercent une influence marquée. Il arrive donc que, dans chaque société, l'édifice des lois s'élève différent par la construction, encore bien qu'il repose sur le même fondement. Car qu'est-ce qu'un peuple? une réunion de citoyens vivant sous le même gouvernement, sous la même loi, *concilium et cœtus jure sociatorum*. Que se propose-t-on? équité, égalité, garantie pour tous : *Æquitas constituta iis qui ejusdem civitatis sunt ad res suas obtinendas*. Et comment atteindre cette fin? par une exacte distribution de la justice. Le droit d'un peuple, s'il est digne de ce nom, ne peut donc se passer de la connaissance du juste et de l'injuste, *æquitas constituta*. Une législation, toutefois, ne saurait être ni un code, ni un traité de morale; elle ne commande que ce qu'elle peut obtenir (1); elle s'accommode à l'actua-

(1) Philosophos tollere omnes injurias quatenùs ratione et intel-

lité, à l'utilité publique subordonnée elle-même aux besoins de l'époque. Un peuple est donc régi par un droit universel et par un droit propre, par le droit naturel et par le droit civil. Chacun d'eux existe distinct, et a sa raison et sa nécessité : *Majores aliud jus gentium, aliud jus civile esse voluerunt. Quod civile est, non idem continuò jus gentium; quod autem gentium, idem civile esse debet.* En un mot, la législation d'un peuple civilisé emprunte ses éléments au droit naturel ; mais en raison des situations, conséquence des établissements humains, elle en limite ou modifie l'application dans des circonstances données et dans une vue d'utilité publique, *utilitatis causâ.* Une nation peut se constituer une législation indigène, exclusive ; on le conçoit, on l'a vu même. Mais l'expérience confirme aussi que plus cette nation se civilise, que plus elle s'étend au dehors, plus aussi elle perd de sa nationalité, et plus son droit, cessant d'être exclusif, se généralise en se rapprochant du droit naturel. Il en a été ainsi du droit quiritaire, se corrigeant, se modifiant sous la force du droit prétorien, du droit naturel.

10. Mais le commerce ne saurait être localisé, nationalisé ; il appartient à tous les peuples ; sans cesse il s'efforce de les embrasser dans ses relations, et de faire de tous les commerçants une seule société. Aux membres de cette immense société, divers par leurs religions, par leurs gouvernements, par leurs lois ou leurs mœurs, séparés par l'océan ou des déserts, quelle autre règle peut s'imposer d'autorité que celle du juste et de l'injuste (1)?

ligentiâ ; leges verò quatenùs manu tenere res possunt. (Cicer., *de Offic.*, 3, 17.)

(1) « La nature des choses ne permet pas de supposer que les lois « commerciales, les lois maritimes surtout, présentent de grandes

Elle seule tenant à l'humanité même peut avoir un caractère universel, obligatoire; elle seule peut, dans son application aux cas particuliers, se faire entendre à toutes les consciences, à celle des contractants comme à celle du juge. Quelles autres règles peuvent régir des transactions qui embrassent tout le globe, que celles de la bonne foi et de l'équité, c'est-à-dire du droit naturel?

11. — Les Romains, restés législateurs du monde, même après la chute de l'Empire, étaient bien pénétrés de ce principe. Leurs magistrats se sont bien gardés de renfermer dans des règles positives les négociations du commerce, des contrats *du droit des gens;* ils ne réglementaient que la procédure, et laissaient aux discussions, aux lumières et à l'expérience des jurisconsultes le soin de poser les véritables règles par une juste appréciation des faits. La législation de Rome ne s'est pas abusée au point de dicter, comme lois, des dispositions sur des transactions soumises à la volonté et aux besoins sans cesse mobiles des hommes; elle s'est bornée à assurer une action et à prévenir les fraudes; et les jurisconsultes, étudiant ces transactions dans leurs véritables éléments, en ont déduit les principales conséquences selon l'équité ou l'intérêt du commerce (1). Voilà pourquoi le droit romain

« variétés dans leurs principes généraux. » C'est en cette matière plus qu'en toute autre qu'on peut dire avec Cicéron (*de Rep.* 3, 17) : *Non erit alia Romæ, alia Athenis.* (M. Pardessus, Collec. des lois marit., t. 2, p. 479.)

(1) Ce n'est que près de trois cents ans après les siècles qui virent se succéder une foule de grands jurisconsultes, qu'à l'imitation d'une tentative faite avant lui, un empereur barbare, Justinien, a imaginé de mutiler les ouvrages de ces jurisconsultes, d'en extraire des fragments, et de convertir en lois des solutions d'espèces particulières. Il rendit loi de l'État un livre, exposé scientifique du droit romain, qu'il puisa, en grande partie, dans les Institutes de

a subsisté chez les nations modernes, soit comme droit positif, soit comme raison. Tant il est vrai que la notion du juste et de l'injuste est dans la conscience de tous les hommes et de tous les peuples, et que les préceptes du droit naturel se traduisent en formules universelles et impérissables. Voilà pourquoi, même après l'invasion des barbares, le droit romain est le seul guide des transactions et des décisions mercantiles, soit que, par le malheur des circonstances, elles se bornent aux besoins indispensables, soit que, dans les temps de calme, elles prennent plus d'extension. Car la conquête par l'invasion peut bien anéantir le gouvernement établi, changer l'état civil des personnes, bouleverser même la propriété ; mais même sans lois écrites, la règle des intérêts privés vit au fond des cœurs, dans les souvenirs et les traditions. Aussi, loin de statuer sur les transactions du commerce, la loi barbare confirme souvent le droit antérieur, et avec raison, puisqu'elle était impuissante à régir un ordre de choses qu'elle ne comprenait pas, qu'elle dédaignait. Aussi quand, à la renaissance du commerce, de nouvelles conventions surgissent du nouvel état de la société, c'est le droit romain qui, par ses grands principes de droit naturel, est appelé à les régir, et, bien que la coutume commerciale se forme et se constate dans les statuts, les mêmes principes ne cessent de présider aux modifications introduites par de nouveaux besoins ou par l'expérience. Aussi, quand les tribunaux civils admettaient comme

Gaius. Cette entreprise de Justinien montre seule qu'on ne comprenait plus ni la science du droit, *jurisprudentia*, ni l'art de la législation. La même idée a conservé son influence jusque dans les temps modernes. Que sont, en effet, nos Codes en grande partie? des traités de la science plus ou moins défectueux, mêlés de quelques dispositions vraiment législatives.

règle le duel ou le combat judiciaire, les commerçants jugeaient suivant le droit et la raison, et l'histoire atteste combien ils ont à cœur non-seulement d'avoir leurs *juges-consuls*, mais d'être jugés *secundùm bonos veteres usus*. Ces bonnes vieilles coutumes, que sont-elles? les principes de l'équité, qui sont partout les mêmes, quand l'ignorance ou les préjugés ne les obscurcissent pas.

12. — Un fait doit être remarqué, et, comme on le voit, il a son explication naturelle. C'est que les peuples commerçants se sont accordés sur les principales règles des transactions commerciales et même sur la pratique de certaines dispositions positives, nécessitées par l'idée d'ordre, de justice, d'intérêt commercial. Des points principaux universellement reconnus, l'uniformité se fût peut-être opérée sur des points secondaires, si cette tendance à l'unité n'avait été rompue par les législations. On est, en effet, frappé d'une sorte d'unité dans la coutume commerciale chez les divers peuples, tandis que chez une même nation la coutume civile est multiple, et de la facilité avec laquelle elle se propage et se développe à l'aide de l'expérience et du temps. Outre l'équité, une autre cause secondait ce résultat, c'est la tendance du commerce à envelopper tous les peuples dans ses relations, et à en faire en quelque sorte une seule société. Cette tendance s'est réalisée dans la *Ligue hanséatique* (1), vaste confé-

(1) La Ligue hanséatique date de la fin du douzième ou du commencement du treizième siècle. Cette *Commune* de marchands, née du besoin de protéger la personne et la propriété du commerçant, s'agrandit insensiblement, et acquit bientôt une grande extension. Formée d'abord de quelques villes situées sur la Baltique, Lubeck, Brême, Hambourg, etc., elle ne tarda pas à compter parmi ses membres les villes de commerce de quelque importance en Europe : Rouen, Saint-

dération de cités commerçantes unies dans la vue de soustraire le commerce aux violences de la force, de l'affranchir des entraves du gouvernement féodal, et de le régir par les principes universels du droit des gens. Sous la seule inspiration de l'équité et de son intérêt, le commerce eût peut-être saisi et développé d'une manière uniforme le véritable caractère des transactions usuelles, si l'œuvre d'unité n'avait été interrompue. Incapable d'en apprécier le bienfait, chaque législateur de l'époque, dominé par des jalousies nationales et une politique égoïste, croyant monopoliser le commerce, l'a réglementé en conséquence. Chaque peuple a voulu avoir son commerce propre, sa législation commerciale propre, son droit commercial propre, et, par des principes trop exclusifs, il a souvent dénaturé des contrats *juris gentium*.

13. — C'est par le commerce que les sociétés mo-

Malo, Bordeaux, Bayonne, Marseille, Barcelone, Séville, Cadix, Londres, Lisbonne, Anvers, Dort, Amsterdam, Bruges, Rotterdam, Ostende, Dunkerque, Messine, Livourne, Naples. La fin du quatorzième et le commencement du quinzième siècle sont les époques les plus brillantes de la Hanse. Elle régna souverainement sur la Baltique et la mer du Nord, obtint des priviléges dans les divers États de l'Europe, protection pour le commerce, abolition du droit d'aubaine et de la confiscation des effets naufragés. Elle traita d'égal à égal avec des souverains, les combatit même. Ce fut dans une assemblée générale tenue à Cologne que la guerre fut déclarée à Waldemar III, roi de Danemark; on y dressa l'acte de confédération de soixante-dix-sept villes, et on fixa les contributions de chacune. La Hanse agit avec un tel concert que Waldemar ne put résister à la puissance des forces déployées contre lui; elle le contraignit d'accepter des conditions qui étendirent encore ses priviléges. La Ligue hanséatique a subsisté jusqu'au seizième siècle; mais, par des causes que nous ne dirons pas, elle avait déjà beaucoup perdu de sa puissance, et elle se réduisit aux villes qui avaient commencé la confédération.

dernes se sont avancées dans la voie du progrès et de la civilisation ; dès lors rien d'étonnant que le droit commercial ait, dans l'ordre de son développement, devancé le droit civil. « *Les haus homes et ceaus qui sont tenus au « seignor de foi, et le seignor ayant lors fiés et cheva- « liers, ne doivent pas être menés come borgès* (1) ». Telle est, en substance, la coutume civile : distinction des personnes, distinction des héritages. Quant aux meubles, aux marchandises, à l'industrie, *mobilium vilis possessio*, la coutume civile n'y prend garde ; elle ne s'en mêle que sous le rapport de la distinction des priviléges, de la catégorie des personnes, ou de la juridiction. Régir cette foule de conventions qui sont la vie d'un peuple, est au-dessus de son esprit et de sa portée ; elles lui échappent, elles restent soumises à la règle du juste et de l'injuste et aux déductions de cette règle. Ainsi, en ce point, la coutume civile est forcée de puiser à la même source que la coutume commerciale, et la source est assez abondante pour fournir aux besoins de l'une et de l'autre. Le législateur s'occupe-t-il du commerce, c'est pour définir les actes de commerce, la profession du commerçant, la juridiction commerciale ; mais par quels principes sont régies les transactions elles-mêmes ? on n'en pose aucun. Le droit naturel ou la coutume sert de règle. Le législateur veut-il convertir en lois certaines de ces règles ? il consulte l'équité et l'expérience, et jamais sa formule n'est plus exacte et plus juste que quand elle exprime un principe du droit des gens. Quant à la coutume civile qui est regardée comme le droit commun, il se garde d'y renvoyer ; car elle est territoriale, morcelée, incohérente, arbitraire, capricieuse. Or, il faut au com-

(1) Assises de Jérusalem.

merce des règles que tous puissent comprendre et reconnaître obligatoires; et comment les emprunter à une coutume qui, par essence, ne peut avoir aucun caractère d'universalité?

14. — Concluons donc que, jusqu'à la révolution française, les négociations dont se compose le commerce sont, à quelques exceptions près, restées contrats du droit des gens, réglées, hors le cas du statut positif, par le droit naturel, quelque part qu'on le puise, dans le droit romain ou dans les usages commerciaux, et par les déductions des principes de l'équité. Mais, à cette époque, le gouvernement tombe avec ses institutions séculaires; l'uniformité de législation se prépare; à la multiplicité des coutumes va succéder le Code civil.

§ II

LE CODE CIVIL ET LE CODE DE COMMERCE SONT DEUX APPLICATIONS DU DROIT NATUREL A DEUX ORDRES DÉFINIS DE CHOSES.

SOMMAIRE.

15. La partie du Code civil qui règle les obligations conventionnelles est la seule qui ait trait au sujet de cet ouvrage.
16. La base de ce Code est la distinction du droit et de la loi ; il a entendu consacrer des règles élémentaires d'équité.
17. La même pensée a présidé à la rédaction du Code de commerce; le droit immuable, antérieur à toute loi, en est aussi la base.
18. Quels intérêts privés chacun de ces Codes régit.

15. — La partie du Code civil qui règle les obligations conventionnelles est la seule qui ait trait à notre sujet. Nous n'examinerons pas de quelles critiques il pourrait être l'objet, sous le double rapport de la théorie scientifique et de l'art de la législation. Peut-être aurait-il dû, avec des principes mieux arrêtés, éviter des règles de détail qui, par leur nature ou leur apparence limitative, gênent l'équité du juge, et contrarient souvent le principe d'où elles découlent : *Tantò melior lex est sive civilis, sive prætoria, quantò generalioribus verbis concepta est, ut plures casus complecti possit, nec ulla lex ità scribi*

potest ut omnes casus comprehendat. (L. 10, D., *de Leg.*) Mais nous avons à rechercher sur quelle base repose cette législation des engagements contractuels, et quels intérêts privés elle a entendu régir.

16. — Le projet du Code civil avait un livre préliminaire. Il portait : « Il existe un droit universel et im-« muable, source de toutes les lois positives ; il n'est que « la raison naturelle en tant qu'elle gouverne tous les « hommes. »

Si ce livre n'a point reçu la sanction du législateur, ce n'est pas qu'il ne contînt de grandes et incontestables vérités ; on pensa seulement qu'il convenait peu d'inscrire en tête de lois positives des maximes philosophiques insusceptibles de toute sanction. Mais la déclaration que l'on vient de transcrire, cet hommage solennel rendu à la loi des lois, la loi naturelle, *naturalis ratio*, n'en constate pas moins que la base du Code civil c'est la distinction de deux choses que l'on confond trop souvent, le droit et la loi.

Pour ce qui concerne spécialement les conventions, les savants auteurs du discours préliminaire s'expriment en ces termes : « Les obligations conventionnelles se répètent « chaque jour et à chaque instant ; mais tel est l'ordre ad-« mirable de la Providence, qu'il n'est besoin, pour régler « tous les rapports, que de se conformer aux principes « qui sont dans la raison et dans le cœur de tous les « hommes. C'est là, c'est dans l'équité, c'est dans la « conscience, que les Romains ont trouvé ce corps de « doctrine qui rendra immortelle leur législation. » Ailleurs : « Elles seraient mal entendues les dispositions du « Code civil relatives aux contrats, si on les envisageait « autrement que comme des règles élémentaires d'équité.

« dont toutes les ramifications se trouvent dans le droit « romain. C'est là que sont les développements de la « science du juste et de l'injuste; c'est là que doivent puiser ceux qui voudront y faire quelque progrès, et, en « général, tous ceux qui seront chargés de la défense ou « de l'exécution des lois consignées dans le Code fran- « çais. »

Quels sont donc les principes que le Code civil a voulu consacrer en matière d'obligations conventionnelles? On vient de le voir, des règles élémentaires d'équité, en d'autres termes, celles qui font distinguer le juste de l'injuste. Il n'y a pas toujours réussi ; quelle œuvre de l'homme est parfaite? Mais tel était son but, telle était sa pensée.

17. — Une autre pensée a-t-elle présidé à la rédaction du Code de commerce? Que l'on se reporte à ces mémorables paroles :

« Les véritables règles du commerce sont celles de la « bonne foi et de l'équité ; il faut bien se garder de les af- « faiblir par des règles trop positives. » Voilà ce que répondit le prince Cambacérès, quand on proposa de définir et de préciser certaines obligations commerciales : réponse victorieuse et digne d'un grand jurisconsulte, d'un grand législateur.

Le droit immuable, antérieur à toutes les lois, est donc également la base du Code de commerce ; il en est l'âme aussi bien que du Code civil ; et, dans l'ordre de choses sur lequel ils statuent respectivement, ils ne sont que la réalisation plus ou moins imparfaite de ce droit supérieur, universel.

18. — Or, que se propose l'œuvre de la législation? D'organiser la grande règle du juste, *æquitas constituta*, et

de la réaliser dans la mesure des forces de l'esprit humain Et quelle est la fin de la société? Le bien-être moral et physique de tous. Mais cette fin, elle ne peut l'accomplir plus ou moins parfaitement, vu la collision des intérêts sans nombre dont elle doit être la modératrice, qu'en les soumettant à des règles, qui sont ou la sanction de certains préceptes du droit naturel, ou le développement de ces préceptes, ou leur supplément.

Et, comme il est impossible de réglementer chaque chose, chaque personne, chaque situation, la nécessité a conduit à organiser un système de classification, en constituant des genres, des espèces, des subdivisions, sous lesquels les personnes et les choses vinssent se coordonner par groupe, suivant des positions et des rapports, ou naturels, ou de convention.

De là des règlements sociaux sous les dénominations de droit public et de droit privé, puis des subdivisions du droit public en droit constitutionnel, administratif; du droit privé en droit civil, commercial, etc...

C'était l'unique moyen de réglementer, en ce qui concerne les personnes, comme en ce qui concerne les choses, les intérêts publics et les intérêts privés.

Tels sont le Code civil et le Code de commerce. Chacun de ces règlements régit un ordre distinct de choses : l'un, l'état des personnes, la famille, le patrimoine de la famille; l'autre, l'état du commerçant et les intérêts privés du commerce.

Cette législation réglementaire, en tant qu'elle a trait à notre sujet, se fonde principalement chez nous sur deux grandes divisions, l'une expresse, celle des biens en immeubles et meubles; l'autre virtuelle, celle des personnes, en commerçantes et non commerçantes (art. 516 C. civ.; art. 1 et 632, C. comm.); sur la distinction législative de

deux branches d'affaires, les affaires *civiles*, les affaires *commerciales*, et sur une double juridiction pour en connaître, la juridiction *civile* et la juridiction *commerciale*.

Quant au but de cette classification, il est évident. On a voulu régler chacun de ces ordres d'affaires d'une manière convenable à la nature des opérations dont elles sont snsceptibles de devenir l'objet. Le législateur a senti que les transactions de l'ordre civil et celles de l'ordre commercial, ne se faisant ni par des personnes de la même catégorie, ni dans les mêmes circonstances, les règles des unes et des autres ne pouvaient pas être les mêmes. Il a compris que la propriété mobilière, autrefois d'une faible importance, avait acquis, par le progrès du commerce lui-même, une valeur centuple de la propriété immobilière, et que cette propriété, recevant chaque jour un nouveau développement, l'intérêt de la société et celui du commerce, qui en est inséparable, exigeaient une démarcation entre les deux ordres de choses; et, en créant, au moyen d'une classification, deux natures distinctes d'affaires, il a consigné, dans deux statuts distincts, les règlements qui régissent les unes, et ceux qui régissent les autres.

---

§ III

INDÉPENDANCE RÉCIPROQUE ET LÉGISLATIVE DU CODE CIVIL ET DU CODE DE COMMERCE.

SOMMAIRE.

19. Le Code civil et le Code de commerce sont deux lois *spéciales* et en même temps *générales*, indépendantes l'une de l'autre.
20. Le législateur n'a pas entendu que l'un fût *loi commune* et l'autre *loi exceptionnelle*.
21. Le Code de commerce n'a pas pris pour système d'établir entre lui et le Code civil la relation de l'exception à la règle.
22. Comment il est passé en axiome que le Code de commerce n'est qu'une exception au Code civil; d'où provient cette erreur.
23. Confirmation de l'enseignement des auteurs.
24. Résumé et conclusion.

19. — Le Code civil et le Code de commerce sont deux lois *spéciales* et en même temps *générales*, indépendantes l'une de l'autre :

Spéciales ; car toutes les choses susceptibles de devenir l'objet d'une obligation conventionnelle ayant été divisées

en deux catégories, les choses du commerce proprement dites, *res mercatoriæ*, et les choses du commerce de la vie civile, *res nec mercatoriæ*, le Code de commerce régit toutes les obligations qu'il qualifie d'actes de commerce, et le Code civil toutes celles qui n'ont pas reçu de la loi marchande cette qualification exclusive et caractéristique ;

Générales ; parce que, dans sa vaste spécialité, le droit civil est un droit commun à toutes les obligations qui ne dérivent pas d'un acte de commerce; et le Code de commerce, dans la sienne bien plus vaste encore au point de vue des obligations conventionnelles, à toutes les obligations qui ont pour fondement de tels actes.

Mais, hors de là, *droit commun* est une locution fallacieuse, en désharmonie avec la codification.

Car on codifie les lois, non pas en vue de les lier, non pas en vue de les rendre auxiliaires, supplémentaires ou complémentaires les unes des autres, entreprise impossible vu la nature législativement différente des choses, vrai motif de la codification ; on les codifie en vue de les séparer ;

Et on les sépare, afin de les approprier, sans confusion ni mélange, à l'ordre de choses qu'elles ont respectivement pour objet de régir. Sans cela où serait le motif de la codification? Mieux vaudrait avoir tout laissé dans le pêle-mêle.

La séparation une fois faite, y toucher, c'est la détruire.

Aucun des Codes n'a eu la prétention de tout prévoir; l'art. 4 du Code civil le dit assez. Leur supplément commun est fort souvent le droit naturel, mais pas toujours, parce que le Code civil et le Code de commerce ne tendent pas toujours au même but.

Dire que l'un des Codes est *droit commun* par rapport à l'autre, que le *droit civil* est le *principe* du *droit commercial,* que le Code civil est *la loi du commerçant, comme celle du propriétaire et du rentier, loi dont il n'y a point à discuter le plus ou moins de conformité avec le droit naturel,* c'est faire confusion du *droit* et de la *loi;* c'est nier le fait législatif de la division des choses et du droit ; c'est méconnaître la classification des affaires privées en affaires commerciales et non commerciales, sans laquelle le Code de commerce, sous un faux titre, ne serait qu'un appendice au Code civil et rien de plus.

Or, quelle fut la grande pensée de l'Assemblée constituante lorsqu'elle conçut la noble entreprise de remplacer par une législation uniforme cette infinité de coutumes disparates qui régissaient la France, et de briser les entraves du commerce et de l'industrie en proclamant leur indépendance? Le décret du 24 août 1790, en posant le principe d'une codification générale, ordonne :

La confection d'un Code civil et d'un Code de commerce ;

La création d'une juridiction civile et d'une juridiction commerciale;

Et, afin d'en assurer la complète indépendance, il statue :

« Il sera fait un règlement particulier pour déterminer « d'une manière précise l'étendue et les limites de la com- « pétence des juges de commerce. »

Ce texte est clair et net. Il n'y a pas deux manières de l'entendre ; il dit tout simplement : « *La loi promise tra-* « *cera* pour toujours, avec autant de clarté, de précision « que possible, *une ligne de séparation absolue entre les* « *affaires commerciales et les affaires civiles.* »

Or, ce mandat que le législateur de 1790 léguait à son successeur, les législateurs de 1804 et de 1807 l'ont com-

pris, et ils l'ont exécuté en entrant parfaitement dans sa pensée.

20. — En effet, les fondateurs du Code civil ont-ils entendu établir entre le Code civil et le Code de commerce une sorte de subordination, et faire que l'un soit *loi commune*, et l'autre *loi exceptionnelle ?*

Ce n'est certainement pas dans le préambule où il est rendu compte de l'esprit dans lequel a été conçu et rédigé le projet du Code civil. Voici comment s'exprime le discours préliminaire :

« Les affaires militaires, le commerce, le fisc et plu-
« sieurs autres objets, supposent des rapports particuliers
« qui n'appartiennent exclusivement à aucune des divi-
« sions précédentes.

« Le commerce ordinaire de la vie civile, uniquement
« réduit aux engagements contractés entre des individus
« que leurs besoins mutuels et certaines convenances rap-
« prochent, ne doit pas être confondu avec le commerce
« proprement dit, dont le ministère est de rapprocher les
« nations et les peuples, de pourvoir aux besoins de la
« société universelle des hommes. Cette espèce de com-
« merce, dont les opérations sont presque toujours liées
« aux grandes vues de l'administration et de la politique,
« doit être régie par *des lois particulières qui ne peuvent*
« *entrer dans le plan d'un Code civil.* L'ESPRIT DE CES
« LOIS DIFFÈRE ESSENTIELLEMENT DES LOIS CIVILES. »

Ainsi, dans l'intention des illustres fondateurs du Code civil (1), non-seulement ce Code ne fut point destiné à régir les affaires commerciales, *elles ne pouvaient entrer dans le plan d'un tel Code ;* il fallait au commerce non

(1) MM. Portalis, Tronchet, Bigot-Préameneu, Malleville.

pas des lois exceptionnelles, mais des *lois particulières* (*peculiares*), des lois qui lui fussent propres, fondées, comme les lois civiles, sur la bonne foi, c'est-à-dire sur l'équité, mais sur une équité plus large, plus libre dans ses allures. Et pourquoi ? parce que l'objet du commerce *est de rapprocher les nations et les peuples, de pourvoir aux besoins de la société universelle des hommes ;* parce que *les véritables règles du commerce sont celles de la bonne foi et de l'équité.*

Quels intérêts le Code civil entendait-il régir, et à quel point de vue ?

« Les lois civiles doivent être adaptées au caractère, « aux habitudes, à la situation du peuple pour lequel elles « sont faites.

« Les diverses espèces de biens, les divers genres d'in- « dustrie, les diverses situations de la vie humaine, de- « mandent des règles différentes.

« Le mariage, le gouvernement de la famille, l'état des « enfants, les tutelles, les droits des absents, les diffé- « rentes natures de biens... sont les principaux objets « d'un Code civil. Sans doute, en matière civile, comme « en matière commerciale, il faut de la bonne foi... Mais « on aurait tort de raisonner sur les affaires civiles comme « sur les affaires commerciales.

« Dans le Code civil, la législation n'a eu en vue que « que les intérêts civils en général ; dans le Code de com- « merce, il s'occupe des intérêts d'une autre nature, de « ceux qui sont particuliers au commerce. » (Locré, t. 1, p. 16, 254, 257, 305.)

Dès lors que le Code civil fait abstraction des affaires commerciales, puisque les transactions du commerce, suivant l'expression de Portalis, *n'appartiennent pas à l'une des divisions du Code civil,* comment ce Code serait-il la

règle de ce qu'il n'entend pas régir? Si, en vue de l'intérêt social, la sagesse du législateur a fait deux règlements distincts, l'un pour la cité, l'autre pour le commerce, n'est-il pas manifeste que, dans sa pensée comme dans son élaboration législative, le Code qui règle l'état des personnes, la famille, le patrimoine de la famille, n'est pas loi faite pour les intérêts privés du commerce, ni pour les nécessités incessamment variables de ses transactions.

Ailleurs, la commission du projet de Code civil s'exprime en ces termes :

« Les biens se divisent en meubles et immeubles. C'est « la division la plus générale et la plus naturelle. Les im- « meubles de chaque pays sont communément possédés « par les habitants... Mais les effets mobiliers, comme « l'argent, les billets, les lettres de change, les actions « dans les banques ou sur les compagnies, les vaisseaux, « toutes les marchandises appartiennent au monde en- « tier.

« La distinction des immeubles et des richesses mobi- « lières nous donne l'idée des choses proprement civiles « et des choses commerciales. Les richesses mobilières « sont le partage du commerce, les immeubles sont parti- « culièrement du ressort de la loi civile. » (*Disc. prél.*, Locré, *Législ. civ.*, t. 1, p. 300.)

Ces paroles judicieuses, de qui sont-elles? Ne les croirait-on pas des fondateurs du Code de commerce? et pourtant, elles appartiennent à MM. Portalis, Bigot de Préameneu, Tronchet, Malleville, dont elles expriment la pensée législative. Fondateurs du Code civil, ils furent donc en réalité les premiers auteurs des art. 632, 633 C. com. Mais, que sont-ils eux-mêmes ces deux articles organiques, sinon l'exécution littérale du décret de 1790. Car, en s'étendant à toutes les richesses mobilières sans aucune

exception, ils déterminent *d'une manière précise*, comme le décret l'avait prescrit, l'*étendue* et les *limites de la compétence des juges de commerce*, par un procédé très-simple, au moyen duquel ils ont marqué du sceau commercial tout ce qui n'est pas immeuble. Il ne se pouvait pas de séparation mieux marquée ni plus apparente. Or, aujourd'hui que c'est la chose, et non la personne, qui caractérise le commerçant (art. 1 C. com.), la division des choses en choses commerciales ou non commerciales est la pierre angulaire du Code marchand.

Cette idée fondamentale s'est-elle altérée dans les discussions qui ont précédé la rédaction définitive du Code civil? Loin de là, on écartait soigneusement la pensée qu'il dût régir le Code de commerce. Les procès-verbaux du conseil d'État et la loi elle-même en contiennent des preuves multiples (art. 1341, 1873, 2084, 1964, 2070, 2102 C. civ.); et la déclaration expresse en est faite dans l'art. 1107 : « Les règles particulières aux transactions « commerciales sont établies par les lois relatives au com- « merce. » Ainsi se trouve solennellement consacrée la doctrine des auteurs du *Discours préliminaire.*

21. — D'un autre côté, le Code de commerce a-t-il pris pour système d'établir entre lui et le Code civil la relation de l'exception à la règle, de l'espèce au genre? On ne trouve nulle part la manifestation d'un tel dessein; au contraire, tout concourt à l'exclure. Il y a entre les fondateurs de l'un et de l'autre Code conformité de pensées, de vues, de principes. « Les transactions du commerce « diffèrent si essentiellement des transactions civiles par « leur nature, et surtout par leur résultat, qu'il est uni- « versellement reconnu que la législation doit être fondée « sur des principes différents. » (*Disc. prél.*, Code civ.)

Or, quels sont ces principes différents? C'est ce que révèle le discours remarquable que tint le prince Cambacérès, lors de la discussion du projet du Code de commerce au conseil d'État. « Dans un Code de commerce, il convient « d'éviter les règles trop précises; sans cette précaution, « la loi manquerait souvent son objet. On abuserait dans « l'usage de la doctrine que le Code aurait établie. *Les « véritables règles du commerce sont celles de la bonne foi « et de l'équité.* Il faut bien se garder de les affaiblir par « des règles trop positives qui, dans beaucoup de cir- « constances, en gêneraient l'application. L'art dans les « lois de cette espèce est de poser des principes féconds « en conséquences, et qui, dans l'exécution, ne résistent « jamais à l'équité. »

En entendant proclamer ce beau précepte de législation, nul conseiller d'État ne songea à dire : Après tout, si les règles écrites dans ce Code font défaut, le Code civil est là pour règle de décision.

D'ailleurs, si telle eût été leur intention, que coûtait-il d'en faire l'objet d'un texte formel? Cependant, point de texte, et ce qui prouve qu'on n'y songeait même pas, c'est le soin qu'a pris le Code de commerce de désigner expressément les parties du Code civil qu'il entendait s'approprier. Quel besoin de spécialiser ainsi, dans l'hypothèse où la loi commerciale ne dût être qu'une exception à la loi civile; il suffisait de dire : « Dans toutes les matières com- « merciales qui ne sont pas réglées par le présent Code, « les cours et les tribunaux appliqueront les règles du « Code civil. » Voilà précisément ce que le conseil d'État voulait faire par la décision incompétente du 18 décembre 1811, non insérée au *Bulletin des Lois*, parce qu'on en reconnut l'erreur. Elle est donc sans autorité, et ne sert qu'à la preuve d'une chose : c'est que le Code civil et le

Code de commerce ne disent nullement ce qu'on voudrait leur faire dire.

La nature des choses forçait-elle à faire ce que le législateur n'a ni dit, ni fait, ni voulu ; en d'autres termes, les obligations commerciales ne peuvent-elles se passer du Code civil, même dans les dispositions que le Code de commerce ne lui a point spécialement empruntées? Cette nécessité est une chimère. Pendant des siècles, Rome n'eut aucune théorie légale sur le fond des obligations conventionnelles; on ne saurait même donner le nom de théorie aux fragments des anciens jurisconsultes que Justinien a convertis en lois, et cependant les transactions du commerce ne restaient pas sans règles. On en trouve la preuve dans ces écrits mêmes. Quant à la France, lorsqu'elle était encore féodale, ou du moins toute coutumière, elle n'en avait pas moins ses lois commerciales, et l'on ne saurait prétendre qu'elles fussent une exception au droit commun, c'est-à-dire aux quatre cents et quelques coutumes générales ou locales qui se partageaient le royaume. L'ordonnance de 1673 sur le commerce de terre, et celle de 1681 sur le commerce de mer, règlent la procédure et la forme de certains contrats évidemment étrangers aux affaires civiles; mais elles n'eurent garde de vouloir régir le fond même des conventions; sous ce rapport, *les véritables règles du commerce* étaient, comme aujourd'hui, *celles de la bonne foi et de l'équité*. Protéger la probité contre la mauvaise foi, abréger les procès, et faire ainsi prospérer le commerce, voilà le seul but que se proposèrent ces ordonnances. Le préambule de celle de 1673 le dit même expressément, et c'est aussi l'unique objet de notre législation commerciale.

22. — Puisque, dans tous les temps, les obligations

conventionnelles du commerce ont été laissées sous l'empire d'un droit qui lui est propre, sans que les règles de décision lui aient jamais manqué; puisque le nouveau législateur déclare que les transactions commerciales doivent avoir leurs règles particulières qui n'entrent point dans le plan d'un code civil, et que *l'esprit de ces lois diffère essentiellement de l'esprit des lois civiles;* puisque enfin un texte formel (art. 1107 C. civ.) le proclame solennellement, comment se fait-il donc qu'il soit, en quelque sorte, passé à l'état d'axiome, que le Code de commerce n'est qu'une exception au Code civil qui sert, dit-on, de complément à l'autre?

C'est que de tous les interprètes du Code civil qui, dans leurs commentaires, ont occasionnellement touché aux matières commerciales, de tous les commentateurs du Code de commerce même, pas un n'a remarqué que ce Code est l'exécution du règlement *particulier* aux affaires de commerce, promis par le décret de 1790, et nul ne s'est préoccupé, ni des deux catégories de personnes et de choses, ni du but de cette classification, ni du procédé suivi pour constituer le droit commercial, et par cela même le droit civil, ni de la constitution du commerce, ni de l'organisation de la commercialité, ni de l'état du commerçant, ni enfin de la fonction respective des deux codes. Or, qui ne tient pas compte de la théorie distincte des deux lois risque à tout moment de marcher d'erreur en erreur.

C'est que quelques motifs d'arrêts de la Cour de cassation sont fondés sur cette doctrine étroite, subversive de l'harmonie de nos lois, et que plusieurs Cours d'appel l'ont, à l'envi, adoptée sans un examen assez approfondi. Trompées par ces arrêts, quelques autres nations ont érigé en lois ce principe meurtrier, qui ne va rien moins

qu'à détruire l'essence des choses, en transformant des contrats du droit des gens en contrats français, hollandais, portugais, etc. Nous savons avec quelle lenteur on rentre dans les voies du vrai, une fois qu'on s'en est écarté; mais la force des choses y ramène insensiblement; elle y ramènera la Cour de cassation elle-même, que les vastes connaissances des notabilités judiciaires dont elle se compose n'exemptent pas du tribut que l'homme doit à l'erreur.

Mais aussi longtemps qu'elle enseignera, contre l'esprit et le texte de la loi, que le droit commercial n'est qu'une exception au droit civil, nous dirons ce que Scaccia disait de la fameuse Rote de Gênes : « Quelque grande que soit « l'autorité de la Cour suprême, elle ne l'est cependant « pas assez pour l'emporter sur la loi et la raison. Lorsque « ses arrêts y sont conformes, nous y applaudissons; « quand ils s'en écartent, qu'il nous soit permis de n'y « pas souscrire; mais si nous usons de cette liberté de « jugement que tous tiennent du Créateur, ce ne sera ja- « mais qu'avec la profonde vénération que nous inspirent « les habiles jurisconsultes dont la prudence et la vertu, « non moins que le grand savoir, marquaient la place au « sommet de la magistrature. » *Et si Rotæ auctoritas sit magna præsertim apud me... tamen non est tanta ut legi et rationi non sit postponenda. Rotæ enim opiniones non ut legem habemus, sed eas ex lege et ratione consideramus, et quod in eis legis auctoritati congruit, cum Rotæ laude accipimus; quod verò non congrueret, cum pace ejus respueremus; ac... tantorum reverendorum patrum quorum laudem consequi non valeo; quorum ingenium diligo, quorum prudentiam miror et integritatem veneror, opinionem hanc, si jure non probaretur, eâ libertate ad quam nos vocavit Dominus, non acciperem, quià eam non acciperet.* (Scaccia, § 1, q. 7, n° 219.)

23. — Il n'est donc pas vrai que le Code de commerce soit une exception, une dérogation au Code civil.

Chaque code a son objet exclusif et sa raison d'être. Aucun d'eux n'est droit-loi pour l'autre. Le Code de commerce est un code *sui generis;* c'est une conséquence nécessaire de sa spécialité. Une loi spéciale ou *particulière* à tel objet est, par cela même, une loi unique dans son genre. Elle ne serait pas spéciale ou particulière, s'il en existait une autre réglant la même matière.

Le Code de commerce est la loi *générale* et *spéciale* à la fois du commerce français.

Il n'est pas vrai, comme les auteurs l'enseignent, comme l'a dit la Cour de cassation (Ch. des req., arr. 5 juill. 1820), que toutes les lois composant le Code civil sont applicables au commerce, dans tous les cas où la loi spéciale n'y a pas dérogé. L'applicabilité du Code civil aux affaires commerciales, soumise à des exceptions si nombreuses qu'on ne saurait les définir, ne peut être un principe général. *A fortiori* ne peut-on en faire un principe particulier, sans placer capricieusement le principe dans tel article que l'on voudra choisir selon l'impulsion du moment, et, dès lors, plus de règle.

Il n'est pas vrai que les lois du Code civil soient d'une application obligée au commerce dans tous les cas où la loi spéciale n'y a pas dérogé. La prévoyance législative a des bornes; peut-elle jamais s'étendre à des objets que la pensée ne peut atteindre? Une commune imperfectibilité est inhérente aux deux Codes, comme à toute œuvre humaine. Si le Code de commerce a pu ne pas tout prévoir, il en est de même du Code civil qui, lui aussi, est sorti des mains de l'homme. Or, une loi imparfaite n'est ni ne saurait être le supplément idoine d'une autre loi imparfaite; car il pourrait arriver que les cas imprévus restassent *in-*

décidables, et l'ordre public en serait troublé (art. 4 C. civ.). Le supplément naturel de celui des deux Codes qui s'est tu, n'est donc pas l'autre. Conséquemment, il leur faut un supplément commun et plus compréhensif. Ce supplément commun, c'est le droit universel, la loi naturelle, dans laquelle il n'y a *point d'événements imprévus*, point de cas omis.

On juge très-bien d'un principe par la conclusion qui s'ensuit forcément. La vérité d'une conséquence bien déduite démontre que le principe est d'une égale vérité. Réciproquement, si la conséquence est irrationnelle, le principe est évidemment faux. Or, le prétendu principe que nous discutons conduit inévitablement à conclure :

1° Qu'en général, dans le commerce, la preuve testimoniale est prohibée ; car l'art. 109 ne l'autorise qu'en matière d'achats et de ventes ;

2° Que la gratuité est de la nature du contrat de commission ; car point de mandat salarié sans une convention de salaire (art. 1896 C. civ.); qu'il en est de même de la gestion d'affaires commerciales ;

3° Que la demeure du commerçant ne peut être prouvée que par écrit; car le Code de commerce ne dit rien, et le Code civil exige une *sommation*, ou quelque *autre acte équivalent* (art. 1139 C. civ.);

4° Que les actes commerciaux sous seing privé qui contiennent des conventions synallagmatiques ne sont valables qu'autant que les parties se sont conformées au prescrit de l'art. 1325 du Code civil (double écrit);

5° Que les actes sous seing privé, bilatéraux ou unilatéraux, n'ont de date contre les tiers (*alii*) que dans l'un des cas prévus par l'art. 1328 du Code civil;

6° Que la vente de la chose d'autrui est frappée de nul-

lité par l'art. 1599, auquel le Code de commerce ne déroge pas expressément;

7° Que, dans la vente commerciale des choses dont il est parlé dans l'art. 1587 du Code civil, la dégustation préalable est de l'essence du contrat, puisque c'est un point sur lequel le Code de commerce est muet;

8° Que la liquidation d'une société commerciale suit les règles de la liquidation d'une succession, puisque tel est le prescrit de l'art. 1872 du Code civil, et que l'art. 18 du Code de commerce y renvoie, etc...

Toutes ces propositions, et bien d'autres que l'on pourrait citer, se déduisent du principe supposé. Il n'est cependant personne qui ne les tienne pour fausses. Si on les prenait pour vraies, il n'y aurait évidemment pas de commerce possible.

Rien n'est plus faux ni plus inutile que de faire du droit commercial une exception, une dérogation au droit civil.

Rien n'est plus arbitraire, et quel besoin d'ériger l'arbitraire en principe? Si tout citoyen n'est pas commerçant en général, le commerçant français est à la fois citoyen et commerçant. Ce n'est pas un seul homme. S'il a fait une affaire civile, et qu'il y ait procès, le commerçant n'est pas en cause. Ce sont deux personnes tout aussi distinctes qu'un associé en nom collectif est distinct de l'être moral dans lequel la société se personnifie.

Rien n'est plus pernicieux que le transport d'une loi faite pour tel ordre de choses dans un autre ordre de choses. Confondre ainsi ce que le législateur a séparé à dessein, c'est détruire son œuvre, c'est défaire la codification. C'est au mélange adultère des deux Codes dont chacun a son objet distinct, à la suzeraineté dont on prétend donner l'investiture à l'un d'eux, que sont dues la plupart des

mauvaises décisions en matière de commerce. La prétendue subordination est un effet sans cause.

24. — Conséquence :

Au Code civil, l'état civil des personnes et leurs obligations civiles, contractées conventionnellement ou imposées par la loi ;

Au Code de commerce, l'état du commerçant et ses obligations légales ou conventionnelles ayant pour objet des choses marquées du sceau commercial par le Code de commerce.

Voilà le vrai.

Chacun d'eux est *sui generis*, quant aux affaires qui lui appartiennent.

Ce n'est pas qu'un assez grand nombre de contestations relatives à des contrats commerciaux ne puissent et ne doivent même se décider par application des règles contenues au Code civil ; mais ce n'est point parce que ce Code est le droit commun, dont le droit commercial ne serait qu'une exception ; c'est d'abord parce que le Code civil contient certaines règles d'ordre public, comme celles qui concernent les bonnes mœurs et les incapacités ; c'est encore parce que le Code de commerce s'approprie virtuellement plusieurs dispositions de l'autre Code, ou se les rend expressément propres (C. comm., art. 18, 92, 95); c'est enfin parce que, relativement aux obligations conventionnelles surtout, elles ne font qu'énoncer certains préceptes du droit naturel, ou des déductions de ces préceptes qui n'appartiennent pas plus au Code où ils sont écrits, qu'à celui où ils ne le sont pas, et qui, ne le fussent-ils nulle part, n'en seraient pas moins appliqués par le juge, comme ils l'étaient avant d'être formulés. Les conventions commerciales et les autres conventions ont bien

un droit qui leur est commun ; mais ce droit n'est pas de la loi positive; c'est la loi naturelle plus ou moins restreinte, plus ou moins modifiée, selon la nature respective de ces conventions ; c'est là une *communité* qui ne détruit en rien la séparation législative du droit commercial et du droit civil (1).

(1) « Le titre du Code civil ayant pour objet les contrats ou les *obligations* conventionnelles en général, offre le tableau des rapports les plus multipliés de la société. Les obligations conventionnelles se répètent chaque jour, à chaque instant. » Mais *tel est l'ordre admirable de la Providence, qu'il n'est besoin, pour régler tous ces rapports, que de se conformer aux principes qui sont dans la raison et dans le cœur de tous les hommes.* (Extr. du disc. des orateurs du gouvernement, qui précède la loi intitulée : *des Contrats ou des obligations conventionnelles en général.*)

§ IV

LE COMMERCE A SON DROIT *écrit* ET SON DROIT *non écrit;* L'USAGE, L'INTÉRÊT DU COMMERCE, L'ÉQUITÉ, EN SONT LE SUPPLÉMENT. — ORDRE A SUIVRE PAR LE JUGE DANS LES DIVERS MOYENS DE FAIRE DROIT.

SOMMAIRE.

25. Le droit naturel est le droit commun du Code civil et du Code de commerce; en quoi consiste et de quoi se compose le droit écrit du commerce.
26. L'usage est une nécessité de la législation; pourquoi.
27. Il peut même prévaloir sur la loi; la raison.
28. Ce qu'on doit entendre par l'intérêt du commerce.
29. L'équité dont on entend ici parler est la *recta ratio*, la loi naturelle.
30. L'équité ne se décrète pas; le juge du commerce est le juge d'équité par excellence; quand il peut y recourir.
31. Ordre à suivre par le juge dans les divers moyens de faire droit.
32. Résumé, et transition au chapitre suivant.

25. — Le droit commun, le droit *non écrit* de l'un et de l'autre Code, c'est le droit naturel, et l'application de ce droit à deux branches distinctes d'intérêts privés fait la différence générique de l'un et de l'autre droit.

Nous disons *non écrit*, car en France le commerce a

aussi son droit écrit, qui se compose ou de dispositions formulées du droit naturel, ou d'usages commerciaux convertis en lois, ou de dispositions purement législatives. Les deux premières regardent, en général, les obligations et les conventions; la troisième concerne principalement la police, la sûreté, le bon ordre, le progrès du commerce, les précautions prises contre la fraude et la contrebande, la détermination du caractère qui constitue la profession du commerce, l'organisation et la compétence des tribunaux, les faillites et banqueroutes, la contrainte par corps, les prescriptions, les déchéances, etc. On ne peut pas, on ne doit pas s'écarter du texte écrit, lorsqu'il est clair et suffisant; et même plus ce texte est de droit positif, plus il doit être sévèrement appliqué; car il a son fondement dans l'utilité générale, abstraction faite de l'utilité particulière, qui, en certains cas, peut être lésée, mais dont ce droit positif est la sauvegarde dans le plus grand nombre de circonstances. Ce n'est qu'à défaut d'un texte précis qu'il y a lieu de chercher une solution dans les usages, dans l'intérêt du commerce et dans les principes de l'équité.

26. — Les usages sont une nécessité de la législation. Pourquoi? ni la loi, ni la convention ne sauraient tout prévoir. On supplée donc aux choses omises sans intention de les exclure, par ce qui est d'*usage et d'équité*.

« Un Code, quelque complet qu'il puisse paraître, n'est « pas plus tôt achevé, que mille questions inattendues « viennent s'offrir au magistrat. Les lois une fois rédigées « demeurent telles qu'elles ont été écrites.

« Les hommes, au contraire, ne se reposent jamais, ils « agissent toujours; et ce mouvement qui ne s'arrête pas, « et dont les effets sont si diversement modifiés par les

« circonstances, produit à chaque instant quelques com-
« binaisons nouvelles, quelques nouveaux faits, quelques « résultats nouveaux. *Une foule de choses sont nécessaire-* « *ment abandonnées à l'empire de l'usage...* Il est trop « heureux qu'il y ait une tradition suivie d'usages. »

C'est en ces termes que Portalis (1) exposait les motifs de ce grand principe du droit romain : *Inveterata consuetudo pro lege custoditur.* (L. 32., § 1. D., *de Leg.*)

Le Code Napoléon, qui constitue l'usage, interprète et supplément des conventions civiles, en fait la réserve expresse pour les conventions du commerce (art. 1159, 1160). D'un autre côté, la loi de 1808, qui met en activité ce Code, abrogea les anciennes lois sans parler des usages ; et, ce qui enlève tout doute sur sa volonté de les maintenir, c'est que le Code marchand abolit un usage en termes exprès (art. 178), et n'abolit que cet usage.

« Les lois qui régissent les sociétés humaines, disait « M. le procureur général Dupin, sont ou écrites, ou tra- « ditionnelles et fondées sur le simple usage, que l'on ap- « pelle aussi la coutume (2). »

Or, s'il est des usages-lois dans le droit civil, comment n'y en aurait-il pas dans le droit commercial? Sans les

(1) *Disc. prélim.*, Locré, t. 1, p. 258, 260.

(2) Discours de rentrée de la Cour de cass. 4 nov. 1845.

Ces paroles de M. Dupin sont transcrites d'un ouvrage éminemment utile et consciencieux, publié en 1852 par M. Limon, juge au tribunal civil de Morlaix, et ayant pour titre : *Usages et règlements locaux en vigueur dans le département du Finistère.* — Le livre de M. Limon, couronné par la Société d'émulation de Brest, porte pour épigraphe le texte de droit romain : *Quid interest suffragio populus voluntatem suam declaret, an rebus ipsis et factis.* Quiconque aura lu le livre de M. Limon sur les usages commerciaux du Finistère, notamment sur le commerce de la sardine, seul soutien de plusieurs milliers de familles, restera convaincu que les populations pourraient plus aisément se passer de Codes que d'usages.

usages, le Code de commerce serait à peu près lettre morte. Ce sont eux qui le vivifient.

« La loi commerciale a ses maximes et ses statuts à côté « de la loi civile ; et non-seulement elle a ses statuts écrits, « elle a aussi ses usages traditionnels, usages que l'on ne « trouve pas formulés dans le Code de commerce, mais « qui vivent dans la pratique, qui se sont formés par le « contact de nation à nation, par les traités de commerce, « par les traités de paix, par l'état de guerre, par la nature « même de la marchandise perpétuellement vénale et mo- « bile, par les rapides besoins de la circulation et du cré- « dit. Ces usages sont aussi respectables pour les tribu- « naux, que les textes les plus formels du Code civil et du « Code de commerce. Qu'importe qu'ils ne soient pas codi- « fiés et rédigés par écrit ? Le législateur n'aurait pu suffire « à leur infinie variété ; son coup d'œil et sa prévoyance « auraient été impuissants pour embrasser un si grand « nombre de détails. Les usages commerciaux n'en ont pas « moins une autorité égale à celle des textes... J'ai en- « tendu dire quelquefois que le législateur perfectionne- « rait son œuvre en les constatant. Ce prétendu progrès « ne serait qu'une tentative dans l'impossible (1). J'aime- « rais autant qu'on proposât de colliger, formuler, ou dé- « crire les innombrables usages ruraux, sauf à ressembler « à cet enfant que saint Augustin rencontra sur le rivage « d'Afrique, et qui creusait un trou dans le sable pour y « mettre la mer. Les usages du commerce sont le complé- « ment de la loi écrite ; lorsqu'ils existent par une pra-

(1) Lors de la discussion du Code de commerce au conseil d'État, le prince Cambacérès redisait avec persistance, à l'occasion des achats et ventes dont on se borna, sur son observation, à réglementer la preuve (art. 109 C. com.) : « Il n'est pas avantageux de « rédiger en Code les règles du commerce. » (Locré, t. 17, p. 242.)

« tique incontestable, force doit leur rester pleinement, si « l'on ne veut pas porter la perturbation dans les rapports « fondés sur la confiance et l'équité. (M. Tropl., préf. « *Nantiss.*, p. 8, 9.) »

Nous venons d'entendre des magistrats parler des usages en jurisconsultes; écoutons un magistrat commerçant, parlant sur le même sujet et en homme pratique, devant des magistrats commerçants.

« Si le commerce n'était pas régi par des lois spéciales, « s'il devait rester dans le droit commun, non-seulement « les juges ordinaires suffiraient; mais, nourris par de « fortes études, avec l'autorité de l'expérience acquise par « la pratique de toute leur vie, nul doute qu'ils ne fussent « préférables à tous autres pour juger les contestations « en matière commerciale. Mais les besoins du commerce « ont depuis longtemps fait comprendre qu'il ne pourrait « être régi strictement par le droit commun (le Code civil). « On a senti que les transactions de cette nature (celles « du commerce) se faisaient sur la foi d'*usages variables* « *à l'infini, suivant les lieux et les circonstances*; que ces « usages, que leur mobilité même empêchait d'écrire dans « la loi, servaient cependant de base aux contrats qui se « faisaient sous leur empire; que dès lors la convention ne « devait plus être recherchée seulement dans les traités « apparents, mais encore dans toutes les circonstances « sous l'empire desquelles elle avait été consentie, et « qui, bien que non exprimées, faisaient par le fait par- « tie intégrante du contrat..... Ce qui est invoqué à « chaque instant par les parties, *ce sont les usages*, et il « devenait évident que ceux qui les pratiquent tous les « jours sont les meilleurs juges de leur importance re- « lative.

« La conséquence inévitable des lois spéciales accor-

« dées au commerce fut donc d'en confier l'application « aux commerçants eux-mêmes. (Disc. de M. Moinery, « prés. du trib. de comm. de Paris, 1851. V. Le Hir, « 1852, 1, 4.) »

S'il pouvait exister encore dans quelques esprits des préjugés contre l'usage, ces hautes considérations suffiraient pour les dissiper.

L'usage, digne de ce nom, n'est qu'une expression de la raison éternelle. Les premières lois n'ont été que les premières pratiques sanctionnées par l'autorité législative, et les lois ainsi faites ne sont pas les pires. La loi une fois écrite ne change plus; elle ne suit pas, comme l'édit annuel du préteur, la mobilité incessante des intérêts sociaux ; elle survit matériellement à la raison qui l'a provoquée. Quelle règle gouverne donc cette infinité de combinaisons qu'enfantent chaque jour les rapports si variés et si multipliés des hommes ? La règle du juste, *quod æquum et bonum*, qui se produit et s'épure *tacito populi consensu* dans une pratique de chaque jour. L'usage est nécessaire à la vie du commerce. On ne l'anéantira jamais; il n'est qu'une forme du droit, et le droit est impérissable. Ce n'est pas à dire que tous les usages soient légitimes. Il s'en introduit d'abusifs, comme il se fait de mauvaises lois. Mais, parce qu'à côté du vrai peut se trouver le faux, on ne proscrit pas l'un et l'autre.

Nous dirons plus tard à quelles conditions l'usage peut s'établir. Nous constatons, dès ce moment, qu'il est le supplément de la loi ou de la convention écrite, et qu'il obtient force de loi.

27. — Il peut même prévaloir sur la loi. La loi peut être abrogée par la désuétude; c'est un autre principe aussi certain.

En vain le législateur tenterait d'établir une règle permanente et d'abolir tous usages contraires aux codes présents et aux codes à venir. Pour empêcher l'effet de la désuétude sur les lois, il ne suffirait pas de vouloir, il faudrait pouvoir. Or, la perpétuité des lois ne dépendra jamais de ceux qui les édictent. Il n'est pas de législation où la désuétude ne soit continûment plus ou moins agissante.

L'immutabilité n'est pas de ce monde. Adaptées au caractère, aux habitudes, à la situation de chaque peuple, les lois d'un siècle peuvent ne pas convenir à un autre siècle ; et ce qui était sagesse dans tel ordre de choses, peut être incompatible avec l'existence ou la prospérité d'un ordre de choses différent. Tout change autour de l'homme, et jusqu'à l'homme lui-même. Nul législateur n'est assez puissant pour enchaîner les générations futures à des lois dont elles ne pourraient s'affranchir. Quand nos anciens souverains terminaient leurs édits en disant : *Et afin que ce soit chose ferme et stable à toujours, nous avons fait mettre notre scel à cesdites présentes*, la désuétude se jouait de ces vaines paroles, et le temps, *edax rerum*, dévorait silencieusement le sceau royal. Il n'y a d'éternel que la loi suprême, source de tout ordre, de toute justice, de tout droit : *Æternum quiddam quod universum mundum regeret imperandi prohibendique sapientiâ.* (Cic., *de Leg.*) Dès qu'elles ont accompli leur destinée, les lois humaines s'éteignent dans la désuétude : *Debemur morti nos nostraque.*

Une autre cause de la désuétude des lois est leur faillibilité, leur imperfectibilité. Elles se proposent de régler les actions humaines selon la justice, ou du moins d'une manière conforme à l'intérêt général. Mais si elles viennent à manquer ce but, elles s'useront et disparaîtront peu à

peu sous le sentiment universel du juste, qu'on ne blesse jamais impunément : *Il n'est pas de droit contre le droit.* La loi donc, ou inutile ou mauvaise, succombera sous le non-usage ou sous l'effort insensible de la désuétude : *Rectissimè etiam illud receptum est ut leges per desuetudinem abrogentur.* (L. 32. D., *de Leg.*) •

Cette maxime, résumé de l'expérience des siècles et conséquence de la raison du droit, a présidé à la rédaction du Code civil.

« Les lois (*Disc. prélim.*, Locré, p. 269) conservent « leur effet tant qu'elles ne sont pas abrogées par d'autres « lois, ou qu'elles ne sont point tombées en désuétude. Si « nous n'avons pas formellement autorisé le mode d'abro- « gation par la désuétude ou le non-usage, c'est qu'il eût « peut-être été dangereux de le faire. Mais peut-on se « dissimuler l'influence ou l'utilité de ce concert indélibéré, « de cette puissance invisible, par laquelle, sans secousse « et sans commotion, le peuple se fait justice des mau- « vaises lois, et qui semble protéger la société contre les « surprises faites au législateur, et le législateur contre « lui-même ? » *Nam quid interest suffragio populus voluntatem suam declaret, an rebus ipsis et factis.* (*Ibid.*, L. 32.)

Dans une autre occasion, les mêmes fondateurs du Code, par l'organe de M. Bigot de Préameneu, proclamaient que « l'usage déroge aux lois les plus formelles et les plus gé- « nérales. »

Quelles digues, en effet, pourrait-on opposer au cours des événements et à la marche du temps, ce grand novateur et le plus sage des révolutionnaires ?

Aucune loi ne peut donc être à l'abri de la désuétude. Contester cette vérité, c'est méconnaître la pensée du Code civil, manifestée par ses fondateurs, et nier la

puissance du droit, la nature des choses et ses conséquences.

28. — Nous venons de dire ce qu'est l'usage. Voyons maintenant ce qu'on doit entendre par l'intérêt du commerce et par l'équité naturelle.

Par l'intérêt du commerce, il faut entendre tout ce qui encourage et protége les expéditions nautiques, les avances des consignataires, la circulation des denrées et marchandises achetées pour les revendre en nature, manufacturées ou mises en œuvre, et la multiplication des capitaux par l'extension et la mutualité du crédit ;

En un mot, tout ce qui favorise la rapidité de la circulation, la facilité des transactions, tout ce qui provoque la confiance, source du crédit, par lequel ces transactions s'alimentent.

Au contraire, tout ce qui entrave ou ralentit les expéditions, les avances, le crédit et la circulation, est meurtrier pour le commerce et l'État.

L'objet des lois du commerce est d'appeler le crédit par la confiance en la personne, tout en protégeant d'une manière spéciale celui qui n'entend faire crédit qu'à la chose. Mais certaines lois du Code civil entraveraient la facilité des transactions commerciales et la marche de la circulation ; et d'autres lois du même Code, inspirées par la méfiance, éloigneraient le crédit. Or, *l'étranger y contribue autant que le citoyen* et le regnicole. La loi le reconnaît si bien que nul, en tant que commerçant, n'est étranger en France; témoin les art. 16 du Code civil, 493 du Code de procédure civile, qui dispensent l'étranger demandeur en matière commerciale de fournir la caution *judicatum solvi* à laquelle il est rigoureusement astreint, s'il prétend former une demande civile.

Certes, ce ne sont pas là des idées vagues. On suppose toujours dans le juge assez d'intelligence et d'expérience pour savoir distinguer, en procédant au jugement du procès, la décision utile de la décision nuisible à la prospérité commerciale. Il existe toujours pour le juge instruit, et il est présumé l'être, possibilité de distinguer ce qui est conforme ou contraire à l'intérêt du commerce.

Exemple. Si je vous loue un étage de ma maison, où vous introduisez des matières inflammables, *v. g.*, des foins prématurément coupés, des salpêtres, des produits chimiques, et qu'il y ait incendie, qui de nous répond du dommage? Évidemment vous. (Art. 1382, 1383 C. civ.)

En serait-il de même si, de Cayenne, votre résidence, vous m'envoyiez en consignation, par mon brick *l'Hercule*, soixante balles de coton, qui, s'étant enflammées pendant le voyage, ont brûlé le navire avec les autres marchandises de sa charge?

Oui, sans aucun doute, s'il était vrai que le Code civil et le Code de commerce fussent *deux lois nécessairement liées dont l'une serait le supplément de l'autre*, et que la loi générale, le Code civil, s'appliquât de droit à tout ce que la loi d'exception, le Code de commerce, n'a pas modifié; en un mot, s'il était vrai que le Code civil fût, à l'égard de toutes les transactions quelconques, la *loi du rentier comme du propriétaire*.

En effet, les cas de responsabilité prévus par le Code civil ne sont pas dans le Code de commerce; et, au point de vue où nous sommes, quoi de plus similaire que l'affrétement d'une place dans un vaisseau et la location d'un étage dans une maison. Le fait, la négligence ou l'imprudence de l'affréteur ou du locataire sont les mêmes. Chacun d'eux est en faute et doit supporter les conséquences de son incurie, s'il n'a pas employé les précautions néces-

saires pour prévenir l'inflammation. Sa négligence est d'autant plus inexcusable, qu'il ne pouvait ignorer le vice propre à sa marchandise et les dangers qui en résultaient. Or c'est une règle de droit que, là où la raison du droit est la même, la décision doit être la même.

Et pourtant quel juge consulaire, quel juge civil, jugeant commercialement, oserait imposer au chargeur la responsabilité du préjudice? Ce serait répandre l'alarme parmi les expéditeurs sur tous les points du globe. Celui qui expédie se soumet sciemment à la perte éventuelle de sa marchandise contre laquelle, après tout, il peut se faire assurer. Mais qui voudrait s'exposer à une ruine subite, en affrontant des risques inconnus, qui, ne pouvant être l'objet d'aucun calcul de probabilités, ne sauraient le devenir d'aucune assurance? Certes, il n'est pas au Code civil de dispositions plus conformes à l'équité que les articles 1382 et 1383. Mais appliquez-les aux expéditions, et vous saperez le commerce maritime jusque dans ses fondements. Car point d'expéditions, point de matières premières, plus de manufactures, plus d'industrie. Les populations tombent dans la misère et décroissent; l'État se trouble et s'affaiblit.

« Ce ne sont plus les conquêtes, le carnage et l'effroi « qui décident de la supériorité d'un empire; c'est le bon- « heur de ses sujets. Le commerce, frère de l'industrie, « peuple seul les États ; lui seul les enrichit. La politique « nouvelle des nations n'a pour objet que de l'attirer à « l'envi par des secours puissants, de le fixer par des fa- « veurs constantes, et *si cet intérêt les divise quelquefois,* « *l'équilibre et la paix sont le seul but nécessaire de la* « *victoire* (1). »

(1) *Théorie pratique du commerce et de la marine*, par don Geronimo de Ustario. Préface, p. 1, 2.

Autre exemple. Jacques exerce à mon ordre une traite de 20,000 fr. que je lui paye comptant, sur Salomon qui lui doit par caisse une somme égale, et accepte. Mais mon protêt, qui aurait dû être fait le 1er septembre, ne l'a été que le lendemain. Je le reporte à Jacques et lui demande remboursement. « C'est trop tard, répond-il. Vous n'avez nulle action contre moi.—Entendons-nous, lui dis-je; vous savez comme moi que, dès le 28 août, Salomon avait pris la fuite, que son comptoir était fermé, et un mandat d'arrêt lancé contre lui pour banqueroute frauduleuse. Fussé-je donc en faute, je ne vous ai causé aucun préjudice; et la faute qui ne préjudicie à personne ne nuit pas à son auteur; c'est une règle de droit et d'équité. »

Hé! oui, sans doute, c'est une règle de droit et d'équité. Mais le recours n'en est pas moins irrévocablement perdu. Pourquoi? Parce que, de même qu'il est nécessaire qu'il y ait un jugement consulaire déclaratif de la faillite pour fixer l'époque où le failli a perdu l'administration de ses biens, et servir de point de départ aux formalités qui doivent être accomplies, de même il est nécessaire qu'il y ait un point de départ fixe pour le recours du porteur contre le tireur et les endosseurs, et de ceux-ci les uns contre les autres. Ainsi l'*exige l'intérêt du commerce*. Sans cela l'ingénieux système de la loi serait subverti, et la lettre de change périrait.

Que d'exemples analogues on pourrait apporter!

En lisant les dernières lignes que nous venons de transcrire, ne dirait-on pas que le traducteur anonyme qui les écrivait en 1753 les a écrites depuis la guerre de Crimée? Cette guerre à jamais mémorable, dans laquelle la valeur française, de tout temps si célèbre, s'est immortalisée plus encore qu'à aucune autre époque, était, au vrai, une guerre commerciale.

En cette matière, le pouvoir de la Cour régulatrice sur les décisions judiciaires est d'autant plus incontestable, qu'il est inhérent au but même que le législateur s'est proposé dans cette belle création.

Car ce tribunal suprême n'est pas une autorité judiciaire; les Cours impériales sont souveraines, et les juridictions consulaires le sont également dans la limite du dernier ressort pour juger les procès, pour faire droit aux parties; la Cour de cassation est une autorité administrative *sui generis*, chargée d'une mission bien plus haute encore, celle de faire droit entre la loi et l'arrêt ou le jugement. Or, telles et telles dispositions du Code civil s'harmonisent-elles ou non avec l'intérêt du commerce, à la prospérité duquel la prospérité de l'État est elle-même si intéressée? C'est évidemment là une question d'administration publique, et de l'ordre le plus élevé.

Cette question, tellement importante qu'elle renferme en quelque sorte les destinées du commerce, la Cour régulatrice en avait délibéré, quand elle rendit son arrêt du 8 juin 1825; c'est encore sur la même question qu'elle délibéra lors de son arrêt du 27 février 1828, qui déclare applicable à la vente commerciale l'art. 1657 du Code civil, relatif au retirement; car il y est dit en toutes lettres, que *la matière ne paraît exiger aucune différence entre les marchés de denrées entre particuliers, et ceux de pareille nature entre marchands.* La Cour s'est trompée, nous le croyons; qui jamais ne se trompe? Mais son erreur même est une preuve qu'elle ne pensait plus, comme en 1820, que *toutes les lois composant le Code civil sont applicables, en matière de commerce, dans tous les cas où il n'y a pas été dérogé par une loi spéciale;* et dès lors l'arrêt de 1828 prouve aussi que la Cour aurait déclaré l'art. 1657 inapplicable à l'achat commercial, si

elle eût aperçu la différence très-réelle qu'elle a cru ne pas exister.

Il faut donc s'en tenir à l'arrêt de 1825, et poser en principe : dans un cas litigieux qui n'est pas réglé par le Code de commerce ou par l'usage, le Code civil est ou n'est pas *droit-loi*, et le demandeur en cassation doit voir réussir ou échouer son pourvoi, selon que l'article qu'il prétend violé ou faussement appliqué est ou n'est pas conforme à l'*intérêt du commerce*. Et pourquoi la cassation a-t-elle lieu quand l'article violé est conforme à cet intérêt, ou que l'article faussement appliqué y est contraire? parce que l'intérêt du commerce est une loi, la première de toutes les lois, la loi de son existence.

Ainsi l'intérêt du commerce avant tout; l'équité ne vient qu'après et à défaut. L'équité est impitoyablement sacrifiée à cet intérêt dans l'art. 336 du Code marchand, et dans une foule d'autres dispositions de ce Code. (V. t. 6, *de la Faillite.*)

29. — L'équité dont nous voulons parler consiste dans l'application du droit naturel, de la *recta ratio*, de la raison-loi, aux cas non prévus par la convention, par la loi ou par l'usage.

Cette équité est la loi des lois; car nul cas n'y est imprévu ; et, à part l'intérêt du commerce qu'aucune loi ne domine, elle doit présider à la confection des lois positives.

En présentant au corps législatif le projet du Code civil, ses fondateurs s'applaudissaient de s'être préservés de la dangereuse ambition de vouloir tout prévoir et tout régler, et ils proclamaient qu'une foule de choses sont forcément laissées à l'*arbitrage* du juge. Ce Code lui-même, à son début, se reconnaît des lois obscures, insuffisantes ou fort souvent muettes sur des cas à décider.

Il n'a pas, il ne saurait revendiquer la prétention d'être *l'équité écrite, le droit naturel formulé,* le supplément nécessaire et obligatoire de ce qu'un autre Code n'a pas prévu ou n'a pas voulu prévoir, lui, impuissant, de son propre aveu, à prévoir une infinité de choses de sa compétence. Ce Code ne peut se suffire, et il suffirait à tout!

Au point où la loi s'obscurcit, ne suffit pas, ou se tait, là commence l'empire de l'équité. L'art. 4 du Code civil y renvoie le juge.

L'*équité écrite, le droit naturel formulé* sont des mots vides de sens. Car, en fait d'obligations conventionnelles (et dans le commerce il n'en est presque pas d'autres), que fait le juge qui juge en équité? Il recherche avant tout la cause de l'obligation; ensuite il interroge les circonstances de lieu, de temps, de personnes, de fautes, de cas fortuits ou insolites.... et il en déduit des présomptions qui deviennent les motifs de sa conviction. En un mot, il prononce en juré, sur son honneur et sa conscience, *ex animi sententiâ,* comme disent les jurisconsultes romains, ou comme le dit Casaregis, *intuitu semper habito ad Deum et veritatem.*

Tel est le juge d'équité. Sa conviction n'est pas un sentiment vague; la loi élève cette conviction au niveau de la preuve.

Mais à quel Code peut-il être donné de prévoir toutes les circonstances que l'on doit, à défaut de loi ou d'usage, considérer et peser dans le contentieux des contrats, et surtout des contrats du commerce ?

Un juge d'équité, applicateur forcé d'une loi, et par cela même sans libre arbitre, est quelque chose que l'on ne saurait comprendre.

30. — *Per rerum naturam,* l'équité ne se décrète pas.

Dans le contentieux des obligations conventionnelles, le juge civil est de tous les juges celui auquel les jugements d'équité sont le plus parcimonieusement permis; ou, pour mieux dire, le droit civil les lui a interdits. En effet, pour faire un jugement d'équité, il faut scruter les circonstances, et des circonstances en venir à ces présomptions que *la loi abandonne à la prudence et aux lumières* du magistrat. Mais le Code civil défend d'y avoir égard à moins que la preuve par témoins ne soit admissible, et cette preuve, il la prohibe, si l'objet du litige est d'une valeur de plus de 150 fr., somme qui n'atteint pas la limite de la compétence des juges de paix. Aussi le juge civil ne connaît-il jamais de ces minces litiges qu'accessoirement à une autre demande. Il n'est donc pas d'*équité* moins pratique que celle du Code civil, ni d'*équité* moins large et moins libre que son *équité*.

Mais devant le juge consulaire, quelle différence! tout, en principe, peut, s'il le juge convenable, être prouvé par témoins, et jugé *ex æquo et bono* sur des présomptions humaines. En lui en donnant les moyens, la loi dit assez qu'elle veut l'accomplissement de la fin.

Le juge d'équité par excellence, ou plus exactement le seul juge d'équité dans le contentieux des contrats, c'est le juge de commerce. Il suffit pour le voir de comparer l'art. 109 du Code de commerce avec les art. 1344, 1345 du Code civil. Comprend-on une équité plus large et plus libre que l'équité d'un Code qui donne au juge spécial institué par lui le pouvoir discrétionnaire d'admettre ou de rejeter la preuve testimoniale et la preuve présomptive, quelle que soit la somme ou valeur en contestation ?

Cette équité-là a précisément les mêmes bornes que la *recta ratio*, la loi naturelle.

Ce n'est qu'à défaut d'un texte précis ou d'un usage constant qu'il y a lieu de chercher une solution dans les principes de l'équité naturelle. Nul ne peut s'en plaindre. Si, en effet, lorsqu'une loi ou un usage existe dans le lieu de la formation ou de l'exécution du contrat, les contractants sont censés s'y référer ; *à fortiori* est il plus juste que, s'il n'existe ni usage ni loi, la convention s'exécute de bonne foi et se juge en équité. S'il en était autrement, on ne traiterait pas, et le commerce s'anéantirait. « Il « faut établir telles lois au négoce qu'il y ait foi et assu- « rance entre les négociants; car si la confiance des uns « et des autres est tollue, le train de marchand est dimi- « nué et anéanti. (*Édit de* 1535, François Ier.)

Mais les décisions équitables sont les plus difficiles ; et qui pourrait se flatter de ne pas s'y méprendre? Cicéron lui-même, en croyant décider équitablement, a failli à l'équité.

Un marchand d'Alexandrie arrive à Rhodes avec un chargement de blé au moment d'une grande disette, d'une grande cherté. Il sait que d'autres navires font voile pour le même port. S'il révèle le fait, le prix du blé tombe ; s'il se tait, le prix se maintient à un taux fort élevé. La bonne foi exige-t-elle qu'il parle, ou peut-il garder le silence? Se taire, dit Cicéron, n'est pas d'un homme franc, simple, loyal, juste, honnête enfin ; c'est l'acte d'un homme faux, dissimulé, astucieux, trompeur, méchant, artificieux, vieilli dans la fourberie (1). Le célèbre casuiste outre les choses, et l'éloquent orateur fait de l'hyperbole ; c'est la décision

(1) Hoc autem celandi genus quale sit, et cujus hominis, quis non videt? Certè non aperti, non simplicis, non ingenui, non justi, non viri boni; versuti potiùs, obscuri, astuti, fallacis, malitiosi, callidi, veteratoris, vafri. (Cicer., *de Offic.* 3, 13).

du patricien de Rome traitant avec mépris le commerce; c'est la décision du philosophe stoïcien, faussant les principes de la nature humaine. Une telle doctrine, en effet, serait la ruine de la propriété, de l'industrie, du commerce. Or, si ces choses sont une nécessité de l'état humain et social, le marchand dont il s'agit ne fait rien contre la bonne foi, et la décision de Cicéron n'est pas équitable. L'humanité a ses droits, sans doute, mais la patrie, la famille a aussi les siens. On ne saurait en exiger le sacrifice à des sentiments exagérés de philanthropie; autrement plus d'actes commutatifs parmi les hommes; rien que des actes de bienfaisance, de charité. Le commerçant peut donc, à juste titre, retirer un gain de son commerce. Ce gain cesse-t-il d'être licite, parce qu'il ne déclare pas les circonstances qui peuvent l'augmenter ou l'anéantir? N'a-t-il pas couru les chances d'une spéculation? N'a-t-il par exposé sa fortune, sa personne? Si, sur le marché d'exportation, la denrée se trouve à un taux avantageux, elle pouvait aussi bien, par un mouvement subit et imprévu de baisse, se trouver au-dessous du prix d'achat. La spéculation qui, manquée, le ruinait, lui et sa famille, a été heureuse, *donum fortunæ est*. En profiter, ce n'est faillir ni à la délicatesse, ni à la bonne foi; c'est la compensation de soins, d'inquiétudes, de dangers, de pertes. Il n'y a donc ni dol ni réticence, et je ne suis pas tenu, à mes dépens, de vous déclarer un fait que vous êtes aussi intéressé que moi à connaître.

Un propriétaire a reçu de l'autorité l'ordre de démolir sa maison; néanmoins il la vend. L'acheteur l'appelle en garantie. Caton est leur juge. La bonne foi, décide-t-il, exige que le vice connu du vendeur le soit aussi de l'acheteur. Et Cicéron ajoute : Si un tel jugement est équitable, la réticence du marchand de Rhodes ne peut être

justifiée. C'est confondre deux cas distincts. Caton jugeait un vice rédhibitoire; tout autre est l'espèce de Cicéron. Si donc le jugement de l'un fut équitable, la décision de l'autre ne l'est pas; car l'équité tient compte de toutes les circonstances : *Æquitas in omnibus personis quæ negotio continguntur, impletur.* (Tryph., L. 31, § 1, D., *de Pos.*)

31. — Le présent chapitre est fondamental; complétons-le, en établissant l'ordre dans lequel le juge doit recourir aux divers moyens de faire droit. Cet ordre n'est pas indifférent; il est obligatoire et ne doit pas être interverti, parce qu'il est essentiel à la décision de la justice. Cet ordre, le voici :

1° Toutes les lois du Code civil et autres qui intéressent es bonnes mœurs et l'ordre public ;

2° La convention, lorsqu'elle n'a rien de contraire à ces mêmes lois, et la règle-maxime : *Conventio dat legem contractui;*

3° Les dispositions du Code de commerce et les principes formulés dont elles sont les conséquences;

4° Les usages généraux et les usages locaux qui réunissent toutes les conditions de légitimité;

5° Les dispositions du Code civil sur les obligations conventionnelles, en tant que ces dispositions, la plupart puisées dans le droit romain, sont conformes à l'intérêt du commerce et à l'équité.

32. — Résumé : le législateur a créé deux grandes classifications d'affaires d'intérêt privé : *affaires civiles, affaires commerciales;* il a établi deux branches distinctes, deux ordres distincts d'affaires.

Or, comment a-t-il imprimé le caractère commercial à

certaines opérations, à certains actes, à certains engagements? Quel est le principe de la commercialité? Quel est le procédé de son organisation, de la constitution du commerce, de l'état du commerçant, etc. ?

C'est ce qu'il devient nécessaire d'étudier et d'examiner.

Le chapitre suivant est un complément et une conséquence du premier.

CHAPITRE DEUXIÈME

De la commercialité, son organisation;
Constitution de l'état du commerçant;
Définition du commerçant; conditions, nécessité, conséquences de cette définition;
Liberté du commerce, de l'industrie, du travail; exceptions, restrictions, incapacités;
Obligations inhérentes à la profession du commerçant;
Principes sur la constitution des personnes morales (sociétés-personnes) qui peuvent faire le commerce.

§ I

DE LA COMMERCIALITÉ; FONCTION DU CODE DE COMMERCE DANS SON ORGANISATION.

SOMMAIRE.

33. Ce qu'est le droit en général; ce qu'on entend par droit commercial; fonction du Code de commerce dans l'application du droit.

33. — Le droit étant ce qui est bon et juste, *quod æquum et bonum*, le droit n'étant que la règle du devoir, de la morale (V. ch. 1, nos 4, 7), il n'y a qu'un seul droit, comme il n'y a qu'un seul vrai, qu'un seul juste, qu'un seul Dieu.

Le droit commercial n'est donc que le droit naturel, la règle du juste et de l'injuste, appliquée aux affaires commerciales, c'est-à-dire à un ordre classifié de choses.

La seule dénomination de droit commercial fait assez comprendre que, dans cette application, intervient l'ordonnance de l'homme, la législation positive, le droit civil, *quod quisque populus ipse sibi jus constituit;* car il faut définir l'objet de ce droit, le *commerce;* il faut établir la *commercialité* des actes; il faut constituer la profession du *commerçant*. Or, tout cela est et ne peut être que l'œuvre de l'homme, le fait de la science législative. Qui peut, en effet, déterminer les choses, matières du *commerce*, classifier les opérations *commerciales*, définir le *commerçant*, si ce n'est le législateur, et le législateur seul, lequel classifie ainsi et les choses et les personnes, pour les réglementer de la manière qu'il croit conforme à la justice, au bon ordre, à l'intérêt général?

Voilà, en quelques mots, dans l'application du droit, la fonction du Code de commerce. Ce Code réglemente les intérêts privés du commerce, en ce qui concerne les choses, en ce qui concerne les personnes; *les choses avant les personnes;* car, en cette matière, c'est la chose qui caractérise la personne. Aussi, pour donner la défi-

nition du commerçant, est-il préalable de définir le commerce.

La classification des affaires privées en affaires commerciales et en affaires non commerciales ou civiles est donc une institution humaine. Il a existé des peuples qui ont satisfait aux nécessités, à l'aisance, au luxe même de la vie; qui ont connu la division du travail et poussé les arts à leur dernière perfection ; qui ont entrepris des travaux immenses, des opérations de finance, de guerre, de marine, dont le commerce a exploité tout le monde connu; qui ont vécu au milieu d'une civilisation raffinée. Ces peuples ont cependant ignoré la distinction du droit civil et du droit commercial, des affaires civiles et des affaires commerciales, de la juridiction civile et de la juridiction commerciale. Quelles ont été les causes de la distinction qui s'en fit plus tard et qu'on en fait de nos jours? La mobilité des choses humaines, l'état des sociétés modernes, un nouvel ordre d'idées, de choses, de mœurs et de constitution sociale? Voilà sa raison d'être.

34. — Mais quels sont les éléments de cette classification? par quel procédé l'a-t-on établie?

D'abord, toutes les choses qui entrent dans notre patrimoine ont été rangées en deux grandes divisions : les *immeubles* et les *meubles;* division qui a son fondement dans la nature, puisqu'il est des choses qui se meuvent ou que l'on peut mouvoir, et des choses qui ne se meuvent pas; mais division arbitraire, parce que dans sa généralité elle comprend des choses qui ne sont ni meubles ni immeubles, des choses incorporelles, et, sous ce rapport, elle est fausse, au delà du vrai, *præter naturam* (chap. 1er, n° 20, art. 516 C. civ.).

Cette première division opérée, on a statué législative-

ment (art. 632, 633, C. com.) que les *meubles seuls* peuvent être la matière d'opérations commerciales, que seuls ils peuvent entrer dans le domaine du commerce proprement dit.

Mais il ne suffisait pas d'édicter que les opérations qui ont pour objet des meubles peuvent seules être commerciales; il fallait encore imprimer *législativement* le caractère commercial à telles ou telles opérations; sans quoi toute transaction mobilière eût été commerciale.

Or, dans ce règlement, deux voies semblaient s'offrir : l'une par une énumération, l'autre par élimination.

La première eût consisté à faire une double liste des affaires qualifiées de civiles et des affaires qualifiées de commerciales. Mais ce procédé n'était pas praticable. En effet, quelque minutieuse que vous supposiez cette énumération des affaires humaines, la liste en sera toujours incomplète. De nouveaux besoins, de nouvelles découvertes, de nouvelles circonstances feront surgir de nouvelles opérations inconnues, innomées. Dans laquelle des deux catégories les rangerez-vous?

La deuxième méthode était de procéder par voie d'élimination, et on le pouvait de deux manières : en délimitant (1) les affaires civiles seulement, ou seulement les affaires commerciales. On a judicieusement préféré cette seconde manière.

Le Code spécifie donc les actes de commerce, et tout acte qui n'y est pas spécifié est en dehors des limites commerciales.

Ce système de délimitation est tout entier dans les ar-

(1) Nous nous servons ici du mot *délimiter* dans le sens de *définir* qui, en effet, a la même signification, et nous emploierons l'une et l'autre expression indifféremment.

ticles 632, 633 et 638 du Code. Le procédé du législateur s'y révèle d'une manière implicite, mais évidente. Ces dispositions établissent, en effet, la classification des actes commerciaux et, par exclusion, la classification des actes non commerciaux ; la classification des commerçants, et, par cela même, celle des non-commerçants ; la juridiction commerciale, et, virtuellement, la juridiction non commerciale.

Ainsi un acte n'est acte de commerce que parce que la loi le définit commercial, et nul acte n'est acte de commerce s'il n'est défini tel par la loi.

35. — Pour mieux pénétrer le procédé du législateur, examinons sur quel fondement reposent ses définitions, quelle est leur raison d'être.

De l'analyse des articles précités, il résulte quatre catégories d'actes :

1° Les uns ont le caractère commercial *re ipsâ*, à raison de la nature même des choses qui en sont l'objet.

Dans cette première catégorie se rangent les lettres de change et tous actes quelconques concernant le commerce maritime (art. 632, § ult., et art. 633).

2° D'autres empruntent leur caractère de la qualité des personnes qui les ont faits ou fait faire.

Les actes de cette seconde catégorie ne sont pas commerciaux d'une manière absolue ; ils ne le sont que par relation. La loi suppose que tout engagement d'un commerçant se rapporte à son commerce et entre dans le cercle de ses opérations habituelles (art. 631-638, § 2), si le contraire n'est pas prouvé par la nature de la chose ou l'évidence du fait.

Aux termes de l'art. 638, les billets, c'est-à-dire *obligations en général* (631), souscrits par un commerçant

sont censés faits pour son commerce, *lorsqu'une autre cause n'y est point énoncée.* Les derniers mots de cette disposition expriment un principe que supposaient déjà les dispositions précédentes et le Code de commerce lui-même ; c'est que, dans le commerçant, il y a deux personnes distinctes : l'une, qui est le commerçant, régi par les seules lois du commerce ; l'autre, le consommateur, le propriétaire, le rentier, en un mot le citoyen régi par les seules lois civiles ; distinction essentielle par laquelle le législateur a couronné son œuvre.

De la présomption par laquelle la loi, jusqu'à preuve contraire, imprime à un acte le caractère commercial à raison de la seule qualité de la personne, il s'ensuit qu'un tel acte peut être acte de commerce relativement à l'une des parties, et ne l'être point relativement à l'autre.

3° D'autres actes ne se caractérisent que par l'intention de celui qui les exerce ou les a commandés.

Cette troisième catégorie, à la différence des deux autres, n'est pas explicitement comprise dans le Code ; mais elle y est virtuellement impliquée, et résulte principalement de l'art. 631, n° 2, combiné avec le § 1er de l'article 638.

En effet, acheter des marchandises n'est point en soi un acte de commerce ; il faut de plus qu'on les achète *pour les revendre ou pour en louer l'usage.* Mais puisque, d'une part, toutes choses mobilières peuvent être l'objet d'un acte de commerce, et non pas seulement celles qui en ont de plein droit le caractère ; et que, d'un autre côté, à part quelques interdictions et quelques incapacités spéciales, toutes personnes, même les étrangers, peuvent, sans nulle distinction, faire indistinctement toutes sortes d'actes de commerce sans qu'ils en fassent leur profession habituelle, la loi reconnaît évidemment des

actes commerciaux autres que ceux qui le sont *re ipsâ*, ou qu'elle présume l'être par la qualité des personnes. Or, les actes de cette troisième espèce, à quoi les distinguer, si ce n'est au but que leur auteur se propose? Par conséquent si, n'étant pas commerçant, j'achète des choses qui ne sont pas proprement commerciales, par exemple, des chevaux, des cafés, des voitures, des soieries, etc., il est sensible qu'aux yeux du juge mon achat sera ou ne sera pas réputé un acte de commerce, selon que mon intention de vendre ou de louer lui aura été ou ne lui aura point été prouvée. Telle est la conséquence nécessaire de l'art. 632, qui range au nombre des actes de commerce *tout achat de denrées et marchandises pour les revendre*, etc.; car ce n'est qu'en découvrant mon intention, si je la déguise, qu'on peut s'assurer que j'ai acheté *pour* revendre ou *pour* louer.

Il est donc des actes qui ne deviennent commerciaux que par l'*intention* de celui qui les fait, et la troisième catégorie se trouve par là complétement justifiée (1).

Mais bien souvent ce n'est pas chose facile que de saisir le vrai caractère de ces actes intentionnels; car si l'intention n'est prouvée ni par écrit ni par témoins, l'unique ressource est dans un concours de circonstances graves qui ne se rencontrent pas toujours et dont, après tout, l'appréciation présente fréquemment plus ou moins de difficulté et d'incertitude.

Quelque chose qu'il en soit, l'intention de revendre ou

(1) Le Code espagnol est plus explicite que le nôtre :
« Pertenecen à la classe de mercantiles : las compras que se hacen « de cosas meubles *con ánimo* de adquirir sobre ellas algun lucro, « revendiéndolas, bien sea en la misma forma que se compraron, ó « en otra diferente, y las reventas de estas mismas cosas.» Art. 359. (De la calification de las compras y ventas mercantiles.)

de louer une fois reconnue, l'achat qui eût été commercial si la personne à laquelle on suppose cette intention l'avait fait elle-même, ne cesse pas de l'être parce qu'elle l'aurait fait par l'agissement d'une autre personne non commerçante. Rien n'est plus certain.

4° Une quatrième catégorie est celle de certains actes que la loi n'a *commercialisés* que parce qu'ils sont des moyens de commerce (art. 632-634).

Le courtier et l'agent de change ne sont pas commerçants; car quel commerçant est celui auquel il est défendu, sous les peines les plus sévères (art. 87-89 C. com.), de faire, *en aucun cas et sous aucun prétexte*, des opérations de commerce ou de banque *pour son compte?* Mais la médiation du courtier et de l'agent de change est un instrument de commerce, et voilà pourquoi elle est *commercialisée* (art. 632).

Le commissionnaire et le préposé ou facteur ne sont pas, il est vrai, des intermédiaires, mais, agents auxiliaires, ils n'en sont pas moins indispensables à la prospérité et à l'extension du commerce, et, par ce motif, la commission et la préposition sont qualifiées *actes* de commerce (632-634 C. com.).

A ces quatre catégories, fondées sur une quadruple cause, se rattachent tous les *actes de commerce proprement dits;* il n'en est aucun qui ne rentre dans l'une d'elles.

Nous disons *actes de commerce*, et non en général actes du ressort du Code et de la compétence des tribunaux de commerce. Car, si tout acte de commerce est nécessairement régi par ce Code, tout ce qui fait partie du département de sa législation n'est pas acte de commerce. Il est des actes, des faits, des opérations qui, ne présentant pas le caractère commercial, appartiennent néanmoins au

Code et à sa juridiction : ainsi la faillite et toutes ses conquences.

A qui ne fera pas confusion des actes de commerce et des autres matières régies par le Code, notre théorie de la commercialité ne paraîtra ni insuffisante ni incomplète.

---

§ II

CONSTITUTION DE L'ÉTAT DU COMMERÇANT ; DÉFINITION DU COMMERÇANT CONDITIONS DE CETTE DÉFINITION, SA NÉCESSITÉ, SES CONSÉQUENCES.

SOMMAIRE.

36. Le Code n'est Code de commerce que parce qu'il a commercialisé les actes qu'on a voulu mettre en dehors du Code civil.
37. Définition du commerçant; elle donne lieu à une question complexe; il est essentiel d'en saisir le caractère et le but.
38. Explications et applications de la définition.
39. 1° Elle n'admet pas d'extension.
40. 2° On ne peut y rien suppléer sous prétexte d'omission, d'insuffisance, d'inexactitude.
41. 3° Les actes doivent être personnels à celui qui les exerce, et faits avec intention de commercer.
42. 4° Pas d'incompatibilité entre la qualité de commerçant et la fonction, le rang même.

36. — On vient, en quelque sorte, d'assister à la création de la loi. Tout s'y réduit à *commercialiser* les actes (1)

(1) Le procédé du législateur paraît si naturel, que chacun se croirait capable de l'avoir inventé, s'il eût concouru à la rédaction du Code. D'où vient cependant que, jusqu'en 1807, nul législateur au

que l'on voulut mettre en dehors du droit civil, et c'est par là que le Code est Code de commerce; car là aussi sont impliquées les prémisses dont la définition du commerçant, dans l'art. 1er du Code, est la première conséquence.

37. — « Sont commerçants ceux qui exercent des actes « de commerce, et en font leur profession habituelle. » (Art. 1 C. com.)

Cette question si simple en apparence : *Jacques est-il commerçant?* est une question très-complexe.

1° Tels et tels actes que Jacques a exercés, constituent-ils des actes de commerce? C'est la question de droit. Pourquoi de droit? Parce que la loi a défini les actes de commerce, et qu'il s'agit de savoir si ceux attribués à Jacques sont compris dans la définition.

2° Ces actes sont-ils assez multipliés, se sont-ils succédé d'assez près et assez longtemps pour constituer une habitude? c'est la question de fait. Pourquoi de fait? Parce que la loi ne définit pas l'habitude, comme elle a défini les actes de commerce et la profession du commerçant.

Ainsi, pour imprimer la qualité de commerçant, deux conditions sont exigées, mais elles suffisent :

Le fait d'actes de commerce personnels à celui qui les exerce; ce fait réduit en habitude, c'est-à-dire, assez multiplié, assez successif, assez persévérant pour constituer une profession.

monde ne s'en était avisé? Simplifier n'est pas chose aisée. Les jurisconsultes romains ont mis des siècles a formuler les règles-maximes, en apparence si simples, qui sont au *Digeste*, liv. L, sous le titre : *de Diversis regulis juris.*

Il est essentiel de bien saisir le caractère et le but de cette définition. La classification des choses en *res mercatoriæ* et en *res non mercatoriæ* n'a pas seulement pour résultat de soumettre les actes de commerce à une législation et à une juridiction propre ou spéciale. Elle entraîne virtuellement la distinction des personnes non commerçantes et des personnes commerçantes. Le commerçant est classé à part des autres citoyens, et, en tant que commerçant, régi, quant à sa personne, ses biens, ses créanciers, par un système de dispositions plus ou moins arbitraires, établies en vue du crédit commercial et du bon ordre du commerce. En un mot, la définition du commerce et la définition du commerçant sont les bases sur lesquelles est constitué l'état du commerçant qui cesse ses payements, c'est-à-dire, la faillite avec ses conditions d'existence et ses effets déterminés.

Or, la spécification des actes de commerce par opposition aux autres actes de la vie humaine, la profession qui en est la suite, et la faillite qui peut s'ensuivre (art. 437 C. com.), n'existent pas *in rerum naturâ.* Toutes trois, d'institution civile, n'ont d'autre raison d'être que le vouloir du législateur qui les a créées. Elles ne peuvent être que telles qu'il a voulu qu'elles fussent ; par conséquent, elles ne peuvent exister que d'une manière conforme en tous points aux définitions qu'il en donne. Ces définitions elles-mêmes sont des lois stéréotypées : *Sint ut sunt.* On ne peut y intercaler ni en déranger une lettre. En un mot, ce sont des lois arbitraires, c'est-à-dire, qui n'ont pas leur source dans la nature des choses. Or, des lois de cette espèce ne s'étendent pas plus, et, s'il était possible, s'étendraient encore moins qu'on ne peut les restreindre. *Quod verò contra rationem juris receptum est, non est producendum ad, consequentias.* (L. 14. D..

de Leg.) D'un autre côté, elles se lient intimement à un système de lois, non moins arbitraires, répressives du dol et de la fraude, *v. g.*, la loi de la faillite et le Code pénal. Tel est le caractère de ces lois, sur lequel on ne peut se méprendre sous peine d'erreur.

Tout ce qui vient d'être dit se résume dans les propositions suivantes :

Nul acte n'est n'est acte de commerce s'il n'est défini tel par la loi ;

Nul ne devient commerçant que par l'exercice habituel d'actes de commerce;

Qui n'est pas commerçant ne peut être en faillite.

38. — La doctrine exposée, il faut en voir des applications; car si la théorie est le flambeau de la pratique, la pratique, à son tour, met la théorie à l'épreuve.

39. — 1° *L'exercice habituel d'actes définis commerciaux constitue seul le commerçant, et la définition de ces actes n'admet pas d'extension.*

Après la mort de son père, marchand de vin, Jacques s'annonce au public, dans les journaux et par des circulaires, comme entreprenant un commerce de draps. Il prend patente, ouvre un magasin avec enseigne, y dépose pour 30,000 fr. de diverses étoffes achetées à crédit d'un manufacturier, ami du défunt. Mais dès le lendemain, ou peu de jours après, il disparaît avec les marchandises, laisse tout protester, et ne paye même pas les loyers du magasin. Dans l'état de ces faits, Jacques est-il commerçant, et, par suite, pourrait-il être déclaré en faillite? Assurément non.

En effet, émettre des circulaires et leur donner de la publicité, se munir d'une patente, ouvrir un magasin, y

apposer des enseignes, y déposer ou même y étaler des marchandises, etc., ce sont autant d'actes extérieurs usités dans le commerce, et propres à faire croire à l'existence d'un commerce. Mais il y manque une chose. On n'en voit pas la mention dans les art. 632 et 633 du Code de commerce. Ils ne constituent donc pas des actes de commerce, ni, par suite, le commerçant. Voilà pour le point de droit.

En point de fait, Jacques n'a contracté qu'un achat. Or, *une fois n'est pas habitude.*

Jusqu'ici tout est clair et rigoureusement vrai. Mais n'est-ce pas raisonner *in apicibus juris*, et doit-on s'asservir au sens littéral des termes?

Écoutons M. Pardessus : « Lorsque, dit cet auteur, une « personne a annoncé par établissement, enseignes, affi- « ches, ou tout autre mode de publicité, qu'elle entend exer- « cer *tel* genre de commerce; lorsqu'elle a ouvert des ma- « gasins ou autres lieux de débit; lorsque, dans les cas par- « ticuliers prévus par des lois de police ou d'administra- « tion, elle a obtenu les autorisations requises ou acquitté « les contributions y relatives, on doit, *par cela seul*, la « considérer comme commerçante. Un établissement ne « peut jamais être une affaire fugitive et d'occasion. Il « constitue une profession habituelle, parce qu'il présente « son auteur comme habituellement *disposé* à agir. Le « manufacturier est en disposition de fabriquer, quoiqu'il « ne fabrique pas par défaut de commande ou de débit. « Celui qui a des magasins ouverts est prêt à vendre, « lors même qu'il ne vend pas. L'occasion peut manquer « à l'un et à l'autre; mais ils l'attendent, et sont toujours « en mesure d'en profiter. » (T. 1, n° 78.)

Suivant cette doctrine, la qualité de Jacques, par suite sa faillite, ne serait pas un problème. Mais la doctrine est-elle vraie?

M. Pardessus a pensé, sans doute, qu'il en est de l'article 1er du Code de commerce comme des lois générales fondées sur la raison du droit, que le juge peut étendre des cas qu'elles ont prévus à des cas semblables, et dont il est dit : *Non possunt omnes articuli singillatim legibus aut senatus consultis comprehendi; sed cùm in aliquâ causâ eorum sententia manifesta est, is qui juridictioni præest ad similia procedere atque ità jus dicere debet.* Cette erreur est capitale. Le savant professeur s'est mépris sur le caractère de la loi qu'il commentait. On dirait qu'il n'en a pas vu la liaison intime avec d'autres lois qui ne souffrent jamais d'extension judiciaire, ni d'interprétation doctrinale.

En effet, cette loi arbitraire se coordonne avec d'autres lois qui le sont éminemment elles-mêmes (art. 437 C. com.; art. 402 C. pén.).

Déclaré commerçant, bien qu'il n'ait fait qu'un seul acte de commerce, Jacques est banqueroutier frauduleux, passible des travaux forcés à temps, et des travaux à perpétuité s'il eût été courtier ou agent de change. Or, la peine des travaux forcés n'existe pas plus *in naturâ rerum* que l'état de commerçant et l'état de faillite. Ce sont de pures créations de la loi sociale. Par conséquent, sous quelque prétexte que ce soit, de parité ou d'identité de raison, ou même de plus forte raison, cette loi qui afflige, cette loi qui infame, ne peut jamais s'étendre au delà du cas prévu : *Lex pœnalis extendi nequit ad casum non expressum etiàmsi rationis identitas, imò vel major ratio interveniat inter casum expressum et casum omissum.* (Casareg., *Disc.* 226, nº 16.)

Ce n'est pas tout : si Jacques est déclaré commerçant, sa jeune épouse, mariée depuis moins d'un an, perd tous ses avantages matrimoniaux (art. 564 C. com.); elle est

la femme d'un vil forçat, et, par l'effet d'un préjugé barbare, mais trop réel, l'enfant qu'elle porte dans son sein partagera, dès en naissant, la flétrissure de son père!

Enfin, nonobstant la bonne foi de ceux qui ont traité avec Jacques, ou qui ont reçu de lui, aux approches de la faillite, certains actes qu'il a consentis, certains payements qu'il a faits, sont légalement présumés *pouvoir être frauduleux*, et cette seule suspicion les rend de nul effet par rapport à la masse des créanciers. C'est une imitation de la présomption anormale introduite en matière d'assurance, par les art. 365 et 366 du Code de commerce.

Quand l'application d'une loi produit de tels résultats, pourrait-il être permis d'en étendre le texte? l'humanité ne le défend pas moins que les règles du droit et l'exacte justice. Ainsi, point d'extension possible des définitions formulées par le législateur; il faut les prendre au pied de la lettre.

Examinons, pourtant, sur quoi M. Pardessus fonde sa doctrine des deux espèces de commerçants dont les uns le deviennent par un seul acte de commerce. « La dis- « tinction entre ces deux positions,» poursuit le savant professeur, « est fondée sur la règle de droit commun que « les titres qui résultent d'une fonction s'acquièrent par « un seul acte de cette fonction, et que ceux qui résultent « d'un exercice habituel ne sont acquis que par la répé- « tion de ces actes (*ubi suprà*).

Telle est, en effet, la doctrine de Straccha, qui s'exprime en ces termes (*Decis.* 37, n° 13) : *Ille mercator propriè dicitur qui plures negociationes exercet, non unam... nisi unicam mercantiam præcedat professio seu matriculatio in matriculâ mercatorum.* Mais d'où vient qu'il suffisait d'un seul acte de commerce (*unica mercantia*) pour rendre commerçant celui qui précédemment avait

fait sa déclaration (*professio*) et obtenu son inscription? De ce que, en Italie, ou du moins dans une grande partie de l'Italie, l'exercice du commerce était considéré comme l'exercice d'une fonction publique : *Quin leges Romanorum loquentes de antiquis argentariis quorum officium tunc temporis publicum erat, procedant etiam in mercatoribus nostri temporis, nemo est qui dubitet.* (Casareg., *Disc.*, 187, n° 27.)

C'est pourquoi lorsqu'on n'était pas inscrit sur la matricule des marchands, on ne devenait pas commerçant en s'arrogeant cette qualification et en exerçant un seul acte de commerce, ni même par plusieurs actes de commerce exercés *ex intervallo.* A défaut d'immatricule, il fallait la pratique assidue des transactions commerciales. C'est encore le même auteur qui nous l'enseigne au même endroit : *Sed nomina verbalia significativa alicujus exercitii, ut mercator, hospitator et similes, non verificantur ex uno actu, sed requirunt assiduitatem* (1).

Parmi nous autrefois le commerce (*mercatura*) n'était pas une fonction (*officium*) ; c'était un privilége qui ne s'acquérait que d'une seule manière. On ne se faisait pas commerçant, *propriâ auctoritate*, par l'habitude d'acheter pour revendre. On n'achetait pour revendre, ou du moins de tels achats ne constituaient-ils des actes de commerce, que quand on était devenu et parce qu'on était devenu commerçant. Or, sauf certaines exceptions, nul ne devenait commerçant qu'il ne fût *reçu marchand*, après avoir fait l'apprentissage, rempli les conditions et subi les

(1) Marquardus dit aussi, chap. 7 : « Non sola matricula, sed mercatura facit mercatorem... Non qui semel merces emit, vel uno actu « mercaturam exercet, propriè mercator dicendus est, sed qui assiduitate et frequenti negotiatione ad mercatoris officium se ded « rit. » — V. Jorio, tit. 1, lib. 1, part. 1, p. 24-25.

épreuves exigées par l'ordonnance de 1673. Sans ce préalable, acheter pour revendre était une contravention à la loi, et non pas un commerce.

Le privilége a disparu. Désormais en France, liberté de profession, d'industrie, de travail. La pratique du commerce n'est interdite à personne, pas même *aux étrangers*. La loi n'y attache donc aucune idée de *fonction*. C'est le libre exercice d'un droit commun à tous. En un mot, *sera commerçant qui voudra*. Mais on ne s'improvise pas commerçant, *fiunt mercatores*, et personne ne peut le devenir que par une succession d'actes de commerce, répétés assez longtemps et assez souvent, pour inspirer au juge la conviction que l'auteur de ces actes en avait fait sa profession habituelle.

Telle est la loi française. Ce que M. Pardessus y ajoute appartient à une législation qui ne nous régit pas (1).

40. — 2° *De même que la définition du commerçant ne peut être étendue d'un cas à un autre, de même on ne doit y rien suppléer sous prétexte d'omission, d'insuffisance ou d'inexactitude.*

Jacques qui n'a fait qu'un seul achat de marchandises,

(1) L'art. 17 du Code espagnol introduit, quant aux effets légaux, la présomption de l'exercice habituel du commerce de la part de toute personne qui, *après s'être fait inscrire sur la matricule des commerçants* (ce qui exige un grand nombre de formalités et de justifications), annonce au public, par l'un des moyens dont parle M. Pardessus, qu'elle forme un établissement ayant pour objet quelques-unes des opérations que la loi espagnole répute acte *positifs* de commerce. Mais, loin de dire qu'il suffit d'un seul ces actes, la loi porte : « Lorsqu'à ces annonces se joint, de la part de la personne inscrite, l'exercice réel d'*actes* de cette nature : *Y à estos anuncios se sigue que la persona inscrita se ocupa realmente en actos de esta misma especie.* »

les a revendues en détail dans son magasin, *v. g.*, pendant deux ou trois mois ; puis, il a pris la fuite, emportant le produit et ne payant personne. Cette fois, du moins, n'est-il pas commerçant et sous le coup de la faillite?

Assurément non, répondrons-nous encore.

Car, en déclarant actes de commerce *les achats de denrées et de marchandises pour les revendre,* l'art. 632 n'ajoute pas que les *reventes* sont pareillement des actes de commerce.

« Mais, dit M. Vincens (t. 1, p. 128), la spéculation pour revendre ne se borne pas à acheter. Vendre en est le corrélatif nécessaire ; et qui mettrait en doute que le marchand fait acte de commerce quand il vend comme lorsqu'il achète ? Le Code de commerce, *par une omission singulière*, a dit : « La loi répute acte de commerce tout achat, etc., pour revendre ; » il fallait dire : *Tout achat pour revendre et toute revente de marchandises.*

Ainsi M. Pardessus ajoute un supplément à l'article fondamental du Code ; M. Vincens, un autre. Encore quelques variantes de cette espèce, et l'on ne saura plus ce que la loi signifie. Il n'est permis à qui que ce soit de l'accuser d'omission, d'insuffisance ou d'inexactitude. Car un législateur peut bien se tromper lorsqu'il définit une chose qui n'est pas son œuvre, mais lorsqu'il définit une chose qu'il crée, nul ne peut dire qu'il s'est trompé ; lui seul sait ce qu'il fait, et il le fait comme il veut.

D'ailleurs, dès qu'une disposition est, dans certains cas, liée au Code pénal, on n'examine pas ce qu'elle aurait pu ou dû dire : dans une telle loi, *dénommer c'est exclure.*

Après tout, sommes-nous bien dans le cas d'une omission, comme le croit M. Vincens? Il serait bien étrange que le législateur eût involontairement omis, dans l'article 632, de comprendre les *ventes de marchandises*, au

nombre des actes de commerce, lorsque, dans l'article qui suit immédiatement (633), il donne cette qualification à tous achats *ventes, et reventes* de bâtiments pour la navigation intérieure et extérieure, ainsi qu'à tout achat ou *vente* d'agrès, apparaux et avitaillements. Ne répugne-t-il pas de penser que c'est l'effet d'un oubli ? L'esprit le plus distrait n'en commet pas de semblables.

Pourquoi donc la prétérition dont M. Vincens s'étonne, des mots *ventes* et *reventes* dans l'art. 632? Toutes les fois qu'il s'agit de denrées ou de marchandises, proprement dites, *ce n'est pas dans la vente, que l'acte de commerce consiste ; ce n'est pas dans la revente ; c'est dans le fait d'acheter pour revendre, arrivât-il qu'on ne revendît pas :* Mercari de suâ propriâ naturâ significat emere (1).

En principe, puisque l'acte d'acheter ne devient plus un acte de commerce par la qualité de la personne qui achète, mais par l'intention dans laquelle est fait l'achat, les ventes et reventes de denrées ou de marchandises ne devaient pas être rangées dans la catégorie des actes de commerce, dont l'exercice habituel constitue la profession de commerçant. Au fait la loi ne les y comprend pas et cela suffit : *Inclusio unius est exclusio alterius.* C'est ce que la Cour suprême a très-sagement jugé par un arrêt

(1) Sous le régime des corporations, nul ne pouvait fabriquer, vendre, s'il n'était reçu maître dans un corps ; mais tous pouvaient acheter ; car l'achat ne pouvait nuire au monopole. Dès lors, l'achat avec intention de revendre fut le trait caractéristique du commerce : *mercari est emere.* Le privilégié, étant seul commerçant, pouvait seul *acheter pour revendre ;* nul autre ne le pouvait. On attacha donc l'idée de commerce, non à la vente pour acheter, mais à l'achat pour revendre. De là la disposition de notre Code. Il est vrai cependant : acheter pour revendre, et revendre pour acheter, c'est tout le commerce.

du 15 mai 1815 (1), dont le principal motif est ainsi conçu : « Attendu que, suivant l'art. 1er du Code de « commerce, ne sont réputés commerçants que ceux qui « exercent des actes de commerce et qui en font leur pro« fession habituelle ; que les art. 632 et 633 *contiennent « la nomenclature entière et complète de tous les faits « qui peuvent seuls être considérés comme des actes de « commerce,* et qu'en conséquence les faits non compris « dans ces articles ne peuvent être regardés comme des « actes de commerce *proprement dits.* » Cela est clair, cela est positif.

Cependant, bien que Jacques ne puisse être déclaré commerçant, il n'en devient pas moins, par rapport à son vendeur, justiciable des tribunaux de commerce et contraignable par corps. Mais ce n'est nullement parce que, après avoir *émis des circulaires*, publié *des annonces* et pris *une patente*, il a revendu dans un magasin *portant enseignes.* Tous ces faits réunis n'impriment point caractère. La raison est que ce qu'il a revendu, il l'avait *acheté pour revendre.* Là est le signe caractéristique et limitatif de son acte de commerce.

Les acheteurs, au contraire, n'auraient d'action que devant le tribunal civil, parce que Jacques, qui n'est pas commerçant, n'a fait à leur égard aucun acte de commerce.

41. — 3° *Pour constituer le commerçant, les actes de commerce doivent être personnels à celui qui les exerce, et être faits avec l'intention de commercer.*

Au lieu de faire un commerce tout nouveau, Jacques

(1) Sirey, 15, 1, 356. V. aussi arrêt de la même cour, du 15 mars 1818.

fait à crédit un achat de vin, en s'annonçant au public comme continuant le commerce de son père dont il se porte *héritier pur et simple*, et dans la succession duquel existent des dettes passives non encore échues lors du décès ; puis, il vend ses propres vins et les vins de la succession. Cependant, aux échéances, il n'acquitte pas plus les dettes de l'hérédité que les siennes propres. On demande si Jacques doit être déclaré commerçant et par suite failli.

Il faut encore répondre négativement. Il est pourtant bien vrai qu'ayant accepté la succession purement et simplement, Jacques n'est pas moins tenu des dettes de son père que s'il les eût contractées lui-même : *Sustinet personam defuncti.* Mais, par rapport à l'état de faillite et aux lois du Code pénal en cas de banqueroute, la loi commerciale n'admet point cette fiction du droit civil. Il n'est, à ses yeux, d'autres commerçants que *ceux qui exercent des actes de commerce, et qui en font leur profession habituelle.* Nul n'est en droit d'étendre cette définition, et comme, en réalité, les actes de commerce exercés par le père ne sont pas le fait personnel du fils, il s'ensuit que Jacques, qui n'a contracté qu'un achat, ne peut pas être rangé dans la classe des commerçants.

Supposons maintenant que Jacques, héritier pur et simple de son père décédé commerçants mais qui ne l'était pas lui-même à l'époque du décès et ne l'est pas devenu depuis, a vendu des navires, agrès, apparaux et victuailles provenant de la succession, achevé des constructions maritimes entreprises par le défunt, fait traite sur des débiteurs de l'hérédité, emprunté sous la forme de lettres de change pour payer les droits de mutation, les fournisseurs, ouvriers et autres créanciers; en un mot, que, pendant deux ou trois ans, ses transactions mari-

times et ses opérations ou lettres de change et billets à ordre ont été si nombreuses, qu'il passe dans le public pour faire habituellement le commerce et la banque, lorsque Pierre, porteur d'acceptations protestées, vient demander que Jacques soit mis en faillite, sans avoir le moindre doute sur le succès de sa demande. Cependant il en est débouté, et en voici la raison : c'est que Jacques a clairement prouvé que les actes de commerce qu'il a exercés, et qu'il ne dénie pas, il ne les a pas faits *animo lucrandi*, mais uniquement par le besoin de liquider la succession de son père, et en vue d'en tirer le meilleur parti possible. Cela établi, Jacques était bien justiciable des tribunaux consulaires à raison de ses actes de commerce ; mais il n'était pas plus commerçant que ne l'est un propriétaire qui, faisant souscrire chaque année à ses fermiers ou locataires des lettres de change pour le montant de leurs loyers ou fermages, à la concurrence du prix de leurs locations ou de leurs fermes, est dans l'habitude de les négocier pour réaliser ses revenus.

Il en serait de même si, ayant trouvé dans la succession de son père une carrière, *v. g.*, de moellons ou d'ardoises, etc., etc., il eût façonné ces produits naturels de son fonds, afin de les vendre à plus grand avantage que s'il les eût livrés bruts au commerce ou à la consommation. Ce n'est pas là une entreprise de manufacture dans le sens de l'art. 632, 2e alinéa.

42. — 4° *Qui fait habituellement des actes de commerce, acquiert la qualité de commerçant, sans pouvoir la répudier avec ses conséquences, bien que le commerce lui eût été interdit à raison de sa profession ou de ses fonctions ; pas d'incompatibilité entre la qualité de commerçant et la fonction, le rang même.*

Le commerce, comme on le verra bientôt, est interdit à certaines personnes, eu égard à la profession qu'elles exercent, ou aux fonctions publiques qui leur sont confiées. Mais on a vu plus d'une fois transgresser la prohibition. Quand ce scandale arrive, il importe peu que la profession de commerçant ait été dissimulée sous les dehors d'une autre profession incompatible de droit avec elle. Peu importe encore que les actes de commerce fussent interdits à celui qui les a exercés. Si, malgré la défense, il en a fait habituellement, *animo lucrandi*, un exercice clandestin, il est devenu commerçant, et, comme tel, il s'est soumis, pour le cas éventuel d'une cessation de payements, aux lois vengeresses de toute atteinte portée au crédit commercial, soit par des faits de fraude, soit par des faits d'inconduite ou de négligence (art. 585, 586 C. com.), soit même involontairement par suite de revers.

Ces principes sont incontestables. On en verra bientôt des exemples; c'est, lorsque nous traiterons de la faillite, que nous devrons en faire une application spéciale.

Ces espèces suffisent pour faire comprendre la nécessité et la portée de la définition du commerçant.

III

LIBERTÉ DU COMMERCE, DE L'INDUSTRIE, DU TRAVAIL. — EXCEPTIONS, INTERDICTIONS, INCAPACITÉS.

SOMMAIRE.

43. Le commerce est libre à tous en France.
44. Mais il y a des prohibitions, des interdictions, des incapacités.
45. Les prohibitions sont absolues ou non absolues; exemples.
46. Deux espèces d'interdictions; la première espèce ne comprend que les courtiers et les agents de change; il leur est interdit de commercer; mais leur contrat ne serait pas nul.
47. La seconde espèce atteint certains fonctionnaires, officiers publics et agents du gouvernement.
48. Lorsqu'un tiers traite avec l'une de ces personnes, le contrat est-il nul *ipso jure*, ou relativement? distinction à faire; réfutation de l'opinion de M. Toullier.
49. Résumé de la doctrine de M. Toullier sur l'effet des prohibitions : en point de droit, cet auteur enseigne que l'acheteur qui a pris livraison de marchandises de contrebande est tenu d'en payer le prix.
50. Examen de la question et de la distinction faite par M. Chardon.
51. Erreur de M. Toullier, qui enseigne que deux contrebandiers ont action pour s'entre-demander partage des

pertes et profits d'une société contractée pour faire la contrebande. Réfutation de M. Duvergier, qui leur accorde action pour se faire rendre la mise.

52. Dommage causé au commerce par le trafic honteux de contrebande ; arrêt refusant toute action.

53. Opinion de M. Portalis sur le danger des opinions subtiles, propres à favoriser la violation des lois protectrices des bonnes mœurs et de l'ordre public.

54. Les incapacités ont pour fondement l'état civil de certaines personnes.

55. On ne doit pas confondre l'interdit des art. 489 et 1125 du Code civil, avec l'interdit de l'art. 29 du Code pénal.

56. Un cas particulier d'inhabilité relatif aux étrangers.

57. Il suffit à la validité d'une convention que l'un des contractants en soit capable.

58. Nullité du contrat *utrinquè*, si un mineur non autorisé contracte avec un mineur qui ne le serait pas davantage.

59. Le mineur et la femme mariée peuvent être relevés de leur incapacité et autorisés à faire le commerce.

60. Conditions exigées pour l'autorisation du mineur ; les formalités prescrites sont substantielles ; conséquences.

61. Principe de l'incapacité de la femme mariée ; nécessité de l'autorisation du mari ; son insuffisance, si la femme est mineure ou si le mari est lui-même mineur ; effet du défaut d'autorisation ; celle-ci n'exige aucune forme.

62. L'incapacité du mineur et celle de la femme mariée procèdent d'une cause différente ; ils acquièrent aussi capacité d'une manière différente.

63. Le mari confère seul l'autorisation ; seul aussi il la révoque ; la révocation doit être notoire ; elle n'a pas d'effet rétroactif.

64. Quand la femme mariée est-elle marchande publique ou factrice de son mari ? Gravité de la question ; espèces diverses.

65. Résumé.

66. La femme commerçante affecte sa personne, ses biens, excepté les biens dotaux.

67. Elle engage son mari, les biens propres du mari et ceux de

la communauté ; pourquoi son obligation réfléchit contre le mari sous le régime de la communauté et sous le régime exclusif de la communauté.

68. La contrainte corporelle contre la femme et sa faillite ne réfléchissent point contre le mari.

69. Le mineur et la femme mariée devenant capables de commercer, sans cesser, l'un d'être en état de minorité, l'autre en état de femme en puissance de mari, il en résulte des conséquences singulières ; conclusion.

43. — La définition du commerçant implique un grand principe déjà proclamé par l'Assemblée constituante, lorsqu'elle abolit les monopoles, les priviléges, les maîtrises, les jurandes, et décréta la liberté du commerce, de l'industrie, du travail, de la profession, indistinctement, sans en excepter les étrangers.

Il est donc de principe de droit public en France que toutes choses peuvent y devenir la matière et l'objet des contrats, hors celles expressément défendues par la loi (art. 1108, 1133 C. civ.), et qu'en général les contrats, l'industrie et le commerce y sont permis et libres à toutes personnes indistinctement.

44. — Mais l'exercice de ces libertés est soumis, et il a dû l'être, à des restrictions commandées par l'intérêt des bonnes mœurs et de l'ordre public. Ainsi toute chose ne peut pas indistinctement devenir la matière d'un acte de commerce, et tout acte de commerce n'est pas indistinctement permis à toute personne.

Il y a des *prohibitions*, *des interdictions*, *des incapacités*.

45. — *Prohibitions*. — Elles concernent et atteignent

toutes personnes. Les unes sont absolues, et les autres, pas.

Les prohibitions absolues sont fondées sur la nature des choses ou des actes défendus. Elles comprennent tout ce qu'une loi pénale déclare ne pouvoir devenir la matière d'aucun commerce, sans qu'il y ait crime ou délit, et tout ce dont le commerce est déclaré par une loi spéciale constituer une contravention. Par exemple, le commerce des noirs serait un crime; des gravures et des tableaux impudiques, un délit; des marchandises de contrebande, une contravention. Ainsi encore sont prohibés la fabrication et le débit des armes de guerre, de la poudre, du tabac et le transport des dépêches; ce sont des industries réservées au gouvernement.

Ces prohibitions comprennent en outre toutes les choses qui, n'étant pas énumérées comme matière d'une contravention, d'un délit ou d'un crime dans les lois pénales ou spéciales, seraient cependant jugées par les tribunaux être contraires aux bonnes mœurs, à la conservation desquelles l'ordre public est évidemment intéressé. Tel serait, par exemple, le débit de livres obscènes ou d'instruments de lubricité. Les lois n'ayant rien disposé à cet égard, il n'y aurait lieu à l'application d'aucune peine; mais la convention serait radicalement nulle.

Les prohibitions non absolues concernent des industries qui ne peuvent être exercées sans un brevet du gouvernement, *v. g.* la librairie, l'imprimerie, la lithographie, etc.; ou des établissements industriels qui, à raison de leurs produits ou du mode d'exploitation, sont *dangereux*, *insalubres*, ou même *incommodes*, et par cela sont soumis à une autorisation préalable et à l'observance de certains règlements.

46. — *Interdictions.* — Elles se divisent. Il en est une

qui frappe toute une classe de personnes à l'égard d'une généralité d'actes et de choses, sans nulle exception. Les autres n'atteignent que certains fonctionnaires publics ou agents du gouvernement; encore ont-elles pour objet certaines choses ou certains actes qui ne doivent être envisagés par nous que sous le rapport commercial.

L'interdiction de la première espèce concerne uniquement les courtiers et les agents de change. La loi leur défend non-seulement tout commerce habituel, mais même tout acte accidentel de commerce pour leur propre compte et pour le compte de qui que ce soit, et leur entremise n'est fictivement considérée comme acte commercial que parce qu'elle est un moyen pour autrui de faire, avec plus de facilité, des opérations commerciales.

Mais est-il contre l'essence d'un contrat, d'une convention, qu'un courtier ou agent de change traite, soit pour son compte, soit pour celui d'un autre, une opération commerciale?

On pourrait croire, *primâ fronte*, qu'assujettis, comme les notaires, à un cautionnement, et, comme, eux nommés par l'Empereur, les courtiers et les agents de change sont des fonctionnaires publics; car ils prêtent précisément le même serment, et remplissent aussi, dans les lieux où ils sont établis, des fonctions qui leur sont propres, qu'eux seuls ont le droit d'exercer. Par suite, il serait naturel de penser qu'en enfreignant l'interdiction, ils commettent un délit susceptible de complicité, puisque l'infracteur n'encourt pas seulement une destitution irrévocable, mais est puni d'une amende, dont le juge correctionnel est seul applicateur, et que, de plus, en cas de faillite on le poursuit de plein droit comme banqueroutier (art. 89 C. com., 404 C. pén.); mais l'argumentation pèche par sa base.

Les courtiers et agents de change participent, il est vrai, de certaines prérogatives du fonctionnaire public. Il leur est donné, par exemple, de constater comme vraies les signatures de ceux qui contractent par leur entremise; mais, à la différence des notaires, ils ne peuvent apposer à leurs actes la formule exécutoire marquée au sceau de la puissance publique, à l'exercice de laquelle ils ne participent pas. C'est la participation quelconque à l'exercice de cette puissance qui fait le principal attribut du fonctionnaire public. Les courtiers et les agents de change ne le sont pas. Ce sont des officiers publics d'une classe à part, institués, sans doute, en vue d'un intérêt général, mais dont la fonction ne s'exerce qu'en rapport avec des intérêts privés.

D'un autre côté, lorsque, au mépris de l'art. 85 du Code de commerce, le courtier ou agent de change fait des opérations de commerce ou de banque, il ne commet pas un *délit* selon l'acception de ce mot dans le droit criminel, mais une simple contravention à la loi spéciale de son état; et c'est même ainsi que sa faute est qualifiée par l'article 87 qui la réprime. Or, en fait de contravention, pas de complice; il n'y en a même point par relation à celles énumérées au Code pénal, et, si le juge correctionnel applique l'amende de 3,000 fr. encourue par le contrevenant, c'est que le juge de police simple n'en peut prononcer qui s'élèvent au delà de 15 francs (art. 466 C. pén.). Peu importe qu'au cas de faillite le courtier soit poursuivi comme banqueroutier. Ce n'est pas le courtier, en tant que faisant des affaires de commerce que la loi poursuit ainsi, mais le courtier qui, après en avoir fait, manque à des obligations qu'il n'aurait pas dû prendre. Bien plus, par cela seul qu'elle prévoit sa faillite, la loi suppose qu'il a pu se soumettre à des engagements commerciaux; car com-

ment faillirait-il si ceux envers qui il les a contractés n'étaient en droit d'en exiger l'exécution ? En deux mots, la loi lui interdit les actes de commerce, mais elle ne défend à personne d'en faire avec lui, pour lui et par lui. C'est ce qu'a jugé la Cour de cassation par arrêt du 15 mars 1810 (S. 10, 1, 240).

Il n'est donc pas contre l'essence d'une convention qu'un courtier ou agent de change y figure comme contractant ; rien n'empêche même que le contrat ne se forme entre deux courtiers ou agents de change, sauf à subir tous deux la peine due à l'infraction.

47. — Les interdictions de la seconde espèce sont des interdictions spéciales. Elles concernent tous les fonctionnaires, officiers publics ou agents du gouvernement, compris dans les dispositions des art. 175 et 176 du Code pénal. L'énumération en serait superflue. Mais ce qu'il est nécessaire d'observer, c'est qu'il n'en est pas de ces interdictions comme de l'*incapacité* des mineurs et des femmes non autorisées et des interdits ; elles sont introduites, non dans l'intérêt de ceux qui en sont frappés, mais contre eux et dans l'intérêt de l'ordre public. On sent dès lors que l'effet en doit être précisément inverse de celui des incapacités.

48. — Mais lorsqu'un tiers traite avec une des personnes atteintes par ces sortes de prohibitions, et sur des choses qui en sont l'objet, le contrat est-il absolument nul, nul *ipso jure*, ou bien ne l'est-il que relativement au fonctionnaire, etc., qui a enfreint l'interdiction ?

Il faut distinguer. Si le tiers ne connaissait pas l'infraction que commettait l'autre contractant, le contrat est valide du côté de ce tiers, et le fonctionnaire sera tenu d'exé-

cuter ses propres engagements. Quand le tiers agit avec connaissance, le contrat est nul *utrinquè*.

Cependant M. Toullier enseigne le contraire. « Si la « prohibition de la loi, dit-il (t. 6, n° 128) ne concernait « que l'une des parties contractantes, le contrat aurait « toute sa force contre celle-ci en faveur de l'autre par- « tie. Par exemple, la loi défend à tous commandants « militaires, préfets et sous-préfets de faire, dans les lieux « où leur autorité s'exerce, le commerce de grains, bois- « sons, etc., sous peine d'amende et de confiscation des « denrées. Il est certain que le commandant qui aurait « acheté ces denrées, n'en serait pas moins obligé de les « payer, sans pouvoir rompre le contrat, sous prétexte « que le commerce lui est interdit, parce que si la loi lui « défendait d'acheter pour commercer, elle ne défendait « à personne de lui vendre, etc. »

Le savant professeur se trompe. Il suppose que la loi ne défendait à personne de vendre au commandant les denrées dont il parle. La supposition est fausse, et nécessairement la conséquence.

Le fait du commandant n'est pas, comme celui du courtier, une simple contravention. C'est un délit, déclaré tel et puni comme tel d'une peine correctionnelle par l'article 176 du Code pénal, où il se trouve sous la rubrique suivante : *Des délits des fonctionnaires qui se seront ingérés dans les affaires ou commerces incompatibles avec leur qualité*. Outre le délit dont le commandant est supposé coupable, l'art. 175 prévoit qu'il en peut être commis d'autres par les fonctionnaires ou agents du gouvernement dans les *actes, adjudications, entreprises ou régies*, en y prenant ou acceptant directement ou indirectement un intérêt quelconque, que l'on conçoit fort bien pouvoir se rapporter à quelque commerce ; et l'art. 175 prononce

contre le coupable non-seulement l'amende et l'incapacité perpétuelle d'exercer aucune fonction publique, mais encore un emprisonnement de six mois au moins et de deux ans au plus.

D'un autre côté, l'art. 60 du même Code punit comme complices d'une action qualifiée crime ou *délit*, *ceux qui auront, avec connaissance, aidé ou assisté l'auteur de l'action dans les faits qui l'auront préparée ou facilitée, ou dans ceux qui l'auront consommée.* Si donc celui qui a vendu au commandant les denrées relativement prohibées savait l'usage illicite que ce commandant voulait en faire, la loi lui défendait expressément d'y concourir. Or, rien de plus contraire à l'art. 6 du Code civil qu'une action que punit le Code pénal, et, par suite, rien n'est plus nul, de plein droit, qu'un contrat dont l'effet se résume en une action de cette nature, comprise au Code sous la rubrique *des crimes et délits contre la paix publique.* D'une autre part, que le tiers ait vendu sa propre chose ou celle d'un autre dont il exécutait le mandat, il n'importe; il est aussi très-indifférent que le commandant l'ait achetée lui-même ou par un commissionnaire. Du moment que ce tiers agit avec connaissance, il y a délit des deux côtés. Le commettant lui-même serait complice, s'il avait donné des instructions pour préparer ou faciliter cette vente coupable.

49. — M. Toullier (*ubi sup.*, n° 127) établit encore deux autres propositions inadmissibles. Sa doctrine peut se résumer ainsi :

Il faut distinguer les choses défendues par le droit naturel et par le droit civil tout à la fois, de celles qui ne le sont que par le droit civil, par des règlements arbitraires et variables.

Les premières, naturellement illicites, contraires au

droit *immuable*, comme dit Domat, *v g.*, *tuer un homme*, ne peuvent être l'objet ou la matière d'un contrat. Personne ne peut s'y engager, la nullité est radicale.

Les choses défendues par la loi civile seulement, des *marchandises de contrebande*, par exemple, ne peuvent non plus être la matière d'un contrat valide, en ce sens que, tant que rien n'est encore exécuté de part ni d'autre, il est libre à chacun de retirer sa parole ; mais la *marchandise une fois livrée, l'acheteur est tenu de la payer, eût-elle été confisquée dans ses magasins.* Deux personnes associées pour faire la contrebande seraient obligées, après avoir été condamnées à l'amende, de se tenir mutuellement compte des gains et des pertes pendant que la société aurait duré; car « *on tient pour maxime en cette* « *matière* que, lorsque les deux parties ou celle qui est « punissable, a satisfait à la loi en payant l'amende ou en « subissant la peine prononcée contre la contravention, « l'engagement contraire aux lois purement civiles et aux « règlements arbitraires, est valable de contractant à con« tractant. » Puis vient en preuve l'exemple du commandant militaire qui achète des grains pour en faire le commerce, et dont le contrat, selon M. Toullier, est très-valable du côté du vendeur. La réfutation de cette erreur est déjà faite.

50. — Mais serait-il vrai que l'acheteur qui a pris livraison de marchandises de contrebande est tenu d'en payer le prix?

Pour envisager la question sous tous ses rapports, commençons par distinguer. Il y a contrebande et contrebande. Celle qui se fait à plus de six personnes est un délit; à main armée, c'est un crime ; d'après les principes précédemment établis, point de difficulté dans ce double

cas. Le contrat est radicalement nul, puisque sa cause emporte une peine. Le grand conservateur de l'ordre public, c'est le Code pénal.

En second lieu, l'acheteur ignorait-il la contrebande, loin de rien devoir, il a droit à des dommages-intérêts. Le savait-il, il en est complice. Si la contrebande n'a été qu'une simple contravention, il en est participant. C'est encore une conséquence des mêmes principes.

M. Toullier n'examine point ces différentes hypothèses; mais n'oublions pas que, dans la sienne, c'est le contrebandier qui vend à un acheteur instruit de la contravention.

M. Chardon rejette le sentiment du jurisconsulte breton, mais sous restriction : « Distinguons, dit-il, dans les mar- « chandises de contrebande, celles dont le commerce in- « térieur est permis, et qui ne sont ainsi appelées que « parce qu'elles n'ont pas été soumises aux droits d'entrée, « de celles qui, par leur nature même, reçoivent cette dé- « nomination, parce que leur importation de l'étranger « est défendue ou que le gouvernement s'en est réservé le « monopole.

« N'est-il question que des premières? On ne doit sans « doute pas confondre l'introduction furtive, qui est le « point illicite, avec la chose introduite. Cette chose a une « valeur indépendante des circonstances qui l'ont mise « en la possession de l'acheteur, elle est dans le com- « merce. *Le vendeur est donc bien fondé à en demander* « *le prix.* »

Ensuite l'auteur donne une décision toute contraire pour le cas où l'importation des marchandises est défendue; parce que, dit-il, elles *n'ont pas d'existence devant la loi; elles n'ont jamais existé que pour être proscrites.*

Cette distinction spécieuse est condamnée par l'ar-

ticle 1131 du Code civil, qui dit : « L'*obligation sur une cause illicite* ne peut avoir aucun effet; » et l'art. 1133 qui porte : « la cause est illicite quand elle est prohibée par la loi. »

Distinguons à notre tour dans la distinction de M. Chardon. La vente s'est faite ou en deçà de la limite des douanes, ou au delà.

Si c'est en deçà, le contrat ne se soutient évidemment pas. Vainement dit-on que ce n'est point la marchandise qui est prohibée, mais le fait de son introduction. Les droits sont dus, à son entrée, par la marchandise même. On ne peut donc, relativement à l'introducteur, la séparer de la condition sans laquelle le commerce lui était interdit. Faites abstraction de la marchandise, les droits ne sont plus qu'un être de raison. Ils en font si bien partie, que leur soustraction frauduleuse influe nécessairement sur la valeur de la chose; car, entre le contrebandier qui vend et celui qui achète, les droits fraudés se partageront très-probablement dans une proportion quelconque; à coup sûr, profiteront-ils au vendeur. Cependant la marchandise n'en pourra pas moins être revendue au même prix que si elle les eût acquittés. Ces droits font donc partie du marché, et la marchandise elle-même, en tant qu'elle ne les a pas payés, est illicite, saisissable, dans le rayon des douanes. Or, cette marchandise étant la cause de l'obligation de l'acheteur, et l'obligation *ne pouvant avoir aucun effet*, il s'ensuit que le vendeur n'a d'action ni dans le cas général où M. Toullier la lui donne, ni dans le cas particulier où M. Chardon semble la lui accorder.

Quid juris maintenant, si la marchandise a été vendue au delà de la limite? Le cas est différent sous un rapport, et c'est ce qui a séduit M. Chardon ; mais le contrat n'en est pas moins radicalement nul.

Voici en quoi la différence consiste. Aussi longtemps que la marchandise n'a pas franchi la limite légale, on peut, on doit la saisir en quelques mains qu'elle se trouve. Au contraire, elle n'est plus saisissable, une fois la limite franchie. Il en résulte que l'heureux contrebandier n'a plus rien à craindre des préposés, à qui toutes les recherches sont défendues au delà de leur myriamètre, en fait de marchandises dont l'importation n'est pas prohibée.

Mais, de ce que la marchandise est à l'abri de la saisie, s'ensuit-il que le contrebandier qui la vend fasse un contrat valable? Oui, selon M. Chardon.

Nous pensons, au contraire, que, si l'acheteur refuse de payer, le contrebandier n'a pas d'action pour l'y contraindre. Voici le langage que nous lui tiendrions comme juges : « Quoique tu aies trompé, ou plutôt parce que tu « as trompé la vigilance de la douane, ta *possession* a une « source illégitime et honteuse (*turpis origo*). La douane « ne te peut rien, il est vrai ; mais ton contrat n'en a pas « moins une cause illicite; il est contraire aux bonnes « mœurs et à l'ordre public, choses qui ne tiennent pas « au plus ou moins d'agilité de l'audacieux qui les blesse. « L'acheteur est, sans nul doute, un mauvais citoyen, un « homme de très-mauvaise foi, mais toi aussi. Nous ne « sommes pas établis pour dire droit dans ce genre d'af- « faires. Entre voleurs, il faut traiter comptant. »

Jugez autrement, vous encouragerez la contrebande; car, dans le cas proposé, le refus de toute action est la seule arme qui vous reste contre ses entreprises meurtrières pour le commerce.

Remarquez que, dans le cas où nous raisonnons, et qui se réfère à celui où M. Toullier raisonne lui-même, l'espèce suppose que, quand le vendeur assigne en payement,

sa contrebande est déjà toute prouvée, ou qu'il en fait l'aveu. Si elle est déniée, et que l'acheteur demande à en faire la preuve, ou même à prouver l'aveu que le vendeur en aurait fait devant témoins, de telles conclusions ne peuvent être accueillies; car, une fois que la marchandise importable a franchi la limite, elle est présumée avoir acquitté les droits, et nulle preuve *à faire* n'est admissible contre *cette présomption de la loi.* Dans cette hypothèse, rien de mieux fondé que la décision de M. Chardon.

51. — Maintenant est-il vrai que, si je me suis associé à vous pour faire la contrebande, nous avons réciproquement action en partage des profits et des pertes? La réponse est faite d'avance. Jamais société ne fut plus évidemment illicite que la nôtre. Elle ne peut donc produire aucun effet (art. 6, 1133 1833, C. civ.). Aussi M. Duvergier rejette-t-il cette erreur de M. Toullier ; mais il nous semble qu'il y en substitue une autre. Suivant lui, les associés, quoique sans droit à réclamer leur portion dans les bénéfices perçus par l'un d'eux, « sont fondés à exiger la restitution des choses mises en société, « des capitaux qui auront servi à la spéculation et amené « des profits. »

Pourquoi cela? Parce que :

« Pour obtenir les premiers (les profits), il faudrait « réclamer l'exécution du contrat, faire reconnaître et « sanctionner par la justice l'existence d'une société illi- « cite. Cela ne se peut. Pour revendiquer les sommes for- « mant la mise sociale, il suffit de dire que l'associé qui « les a reçues et qui les a encore, est sans droit à les « conserver. On se fonde alors uniquement sur le fait de « la remise. Loin d'invoquer la condition, on la consi-

« dère comme n'ayant pas existé, comme ne devant pro-
« duire aucun effet. » (*Ubi suprà*, n° 31.)

Ce raisonnement a le même vice que celui de M. Chardon; l'un veut séparer la marchandise des droits auxquels elle est affectée, l'autre, la société des apports sans lesquels elle n'eût pu fonctionner; or, chacune de ces choses est naturellement inséparable de son corrélatif.

La mise dont parle M. Duvergier n'est pas un fait abstrait (*merum factum*); c'est un fait concret, ou, plus exactement, c'est un effet; car il a sa cause, incontestée dans l'hypothèse, la société de contrebande. Or, dans une telle hypothèse, impossible que l'effet ne participe point de la nature de sa cause; et puisque cette cause est illicite, la mise ne peut manquer de l'être. C'est sur ce principe qui sont fondées les confiscations. Sans cela elles seraient arbitraires, et la loi les abolirait. Si donc l'associé détenteur de la mise des autres contrebandiers était appelé par eux en restitution de leur mise, sa défense serait courte et péremptoire : *J'ai reçu, mais pour faire la contrebande.* Nul tribunal ne prendrait connaissance d'une telle affaire, autrement que pour la punition des coupables, si la prescription ne leur est acquise.

Loin, dit-on, *d'invoquer la convention, on la considère alors comme n'ayant pas existé, comme ne devant produire aucun effet.* Sans doute le demandeur n'ira-t-il pas déclarer au juge avoir fait une mise pour de la contrebande; mais le défendeur le lui apprendra; son aveu sera indivisible; et alors que devient la demande? Y faire droit serait donner une prime d'encouragement à la fraude. Facile de dire qu'on regarde la société comme n'ayant pas existé; son existence est un fait, et les faits ne s'abolissent pas : ***Facta pro infectis haberi non possunt.***

Dans tous les cas que l'on vient d'examiner, et autres analogues, aucun contrat ne peut valablement se former.

52. — On ne saurait trop s'élever contre cet infâme trafic de contrebande, et peut-être l'opinion ne le traite-t-elle pas avec assez de sévérité. Au fait, c'est un vol, non-seulement au préjudice de l'État, mais au grand dommage du commerce; car comment veut-on qu'un négociant, honnête homme, soutienne la concurrence d'un contrebandier ou d'un fraudeur qui pourra vendre la marchandise à 8 ou 10 °/ₒ au-dessous du cours et y gagner encore? En opérant sur les cours des variations brusques et inattendues, la contrebande et la fraude déconcertent tous les calculs d'une spéculation légitime.

M. Chardon (*ubi sup.*) rapporte un exemple que nous croyons devoir transcrire. C'est une application du principe.

« Sereno, introduisant en France des marchandises « prohibées, fut saisi et condamné à 2,000 fr. d'amende « et aux dépens montant à 900 fr. Prétendant n'avoir « été que le mandataire de Scapa, il forma demande « contre lui en remboursement de ces dépenses, s'ap- « puyant sur les art. 1999 et 2000 du Code civil. Scapa, « *sans même dénier le mandat allégué*, lui opposa la cause « illicite avouée par lui et invoqua les art. 1108 et 1131. « Cette défense fut accueillie par le tribunal de Verceil, « dont le jugement a été confirmé par la cour de Turin « du 12 décembre 1807 (Sirey, 7, 2, 216).

53. — Après avoir combattu l'erreur échappée à M. Toullier sur la seule autorité d'une note fort embrouillée de Barbeyrac, M. Chardon s'exprime en ces termes qui méritent d'être recueillis :

« A coup sûr, M. Portalis avait en vue les subtilités de « Barbeyrac ainsi rajeunies, lorsque, présentant au Corps « législatif le projet des premiers articles du Code civil, « il disait sur l'art. 6 : Quelques jurisconsultes ont poussé « le délire jusqu'à vouloir que ces conventions réprou- « vées eussent néanmoins assez de force pour qu'on pût « obliger les contractants à fournir en équivalent ce que « les lois ne permettent pas d'exécuter en nature ; toutes « ces dangereuses doctrines, fondées sur des subtilités, « doivent disparaître devant la sainteté des lois. *Le « maintien de l'ordre public dans une société est une loi « suprême.* Protéger des conventions contre cette loi, ce « serait placer des volontés particulières au-dessus de la « volonté générale, ce serait dissoudre l'État. »

54. — *Incapacités.* — Elles ont pour fondement unique l'état civil de certaines personnes, abstraction faite des choses et des actes prohibés.

Elles concernent les interdits, les mineurs et les femmes mariées, que les art. 489, 1124, 1125 du Code civil déclarent incapables de contracter, et par suite de commercer.

55. — On ne doit pas confondre l'interdit dont parlent les art. 489 et 1125 du Code civil avec l'interdit par suite de condamnations aux travaux forcés à temps ou à la réclusion. Cette *interdiction légale*, prononcée par l'art. 29 du Code pénal, n'a d'autre but que de priver temporairement le coupable de l'administration de ses biens, dont son curateur lui rend compte, après la peine subie. C'est une aggravation de cette peine. Mais le condamné n'en conserve pas moins la capacité de s'engager et d'engager envers lui, surtout dans les contrats du com-

merce, qui sont du droit des gens. Il peut donc valablement s'obliger et obliger par achats et ventes, donner et accepter une commission.

56. — Il est un cas particulier : c'est l'inhabilité des étrangers à posséder en France des navires jouissant des priviléges de la nationalité. La loi du 18 octobre 1793 prononce même des peines sévères contre quiconque ferait ou faciliterait des simulations, en vue de présenter des bâtiments étrangers à la francisation. Une convention ayant pour objet de pratiquer une fraude de cette nature serait radicalement nulle, parce que rien n'intéresse plus éminemment l'ordre public que ce qui touche à l'intérêt national. Il en serait ainsi de toutes les autres inhibitions que le législateur a faites ou pourra faire dans le même intérêt.

57. — En ce qui touche l'incapacité du mineur et de la femme mariée, il n'est pas de l'essence de la convention que l'acte de commerce qui en fait la matière soit également permis aux deux contractants. Il suffit que l'un des deux en soit capable. En un mot, le contrat n'est pas nul ; seulement il peut être annulé, ce qui est très-différent.

Bien que la loi s'exprime en termes prohibitifs (article 1124 C. civ.), l'incapacité qu'elle prononce n'est relative qu'au mineur. L'autre partie n'en reste pas moins engagée envers lui, parce qu'il ne répugne point à l'essence de certains engagements d'être résolubles d'un côté et de ne l'être pas de l'autre. L'obligation du mineur est, en ce cas, une obligation conditionnelle. C'est comme s'il eût dit à l'autre partie : « En contractant avec vous, « je me réserve de faire annuler le contrat, soit par mon

« tuteur pendant ma minorité, soit en l'attaquant moi-« même quand je serai majeur. » Ce qu'il n'a pas dit, la loi le disait pour lui, et l'autre contractant le savait ou devait le savoir. Le même principe, exprimé dans les art. 225, 1125 du Code civil, s'applique aux cas de l'interdit et de la femme mariée non autorisée, par rapport à un autre contractant qui aurait la capacité légale. Il ne pourrait pas leur opposer la nullité du contrat.

58. — Mais si un mineur non autorisé avait contracté avec un autre mineur qui ne le serait pas plus, et qui eût exécuté la convention, ce fait, il est vrai, produirait certains effets dont il est parlé ailleurs (t. 2, chap. du *negot. gestor*); mais point de contrat, étant contre l'essence de toute convention synallagmatique qu'aucune des deux parties ne puisse s'engager envers l'autre, et contre l'essence d'un acte de commerce que les deux parties soient incapables de faire le commerce. Tel est l'effet de cette mutuelle incapacité que le contrat serait nul *ipso jure*, alors même que son objet eût été commercial *re ipsâ*. La décision s'applique, sans nulle différence, à tous les cas où l'incapacité légale existe de part et d'autre, comme si le mineur non autorisé avait traité avec une femme non autorisée, celle-ci avec un interdit, et celui-ci avec l'un d'eux.

59. — Le mineur et la femme mariée peuvent être relevés de leur incapacité et autorisés à faire le commerce. Dans ce cas, en vertu d'une fiction de la loi et quant aux obligations qu'ils contractent pour leurs faits de commerce, le mineur commerçant *est réputé majeur*, et la femme marchande publique *est réputée maîtresse de ses droits* (art. 2, 5, 7 C. comm.).

Mais la forme de leur autorisation respective est loin d'être la même.

60. — Le mineur, *civilement incapable*, ne devient capable *commercialement* que par le concours de quatre conditions.

1° Émancipation; — elle suffit, quelle qu'en soit la cause. Il n'est pas nécessaire qu'elle soit faite en vue du commerce.

2° Age de dix-huit ans accomplis; — bien que le mineur puisse être émancipé avant cet âge (art. 477 C. civ.), il ne peut faire le commerce qu'à dix-huit ans révolus. L'émancipation *commerciale* est plus tardive que l'émancipation *civile*.

3° Autorisation du père; — à défaut du père, en cas de décès, interdiction ou absence, autorisation de la mère non interdite, ni absente, et, à défaut de la mère, autorisation du conseil de famille, homologuée par le tribunal civil (art. 2 C. comm.).

Cette autorisation certifie l'aptitude du mineur; elle fait la garantie des tiers qui traitent avec lui; elle est enregistrée et affichée. Elle doit donc être écrite, et l'être dans une forme telle qu'on ne puisse pas plus la supprimer, qu'en prétexter cause d'ignorance.

4° Affiche et enregistrement de l'autorisation au greffe du tribunal du lieu où le mineur veut exercer le commerce; — publicité ordonnée dans l'intérêt du mineur pour révéler sa capacité, et dans l'intérêt des tiers, qui en peuvent vérifier l'existence et vérifier aussi la forme de l'autorisation.

La loi prescrit la publicité de l'autorisation, mais non de l'émancipation. C'est une imperfection législative, *lex minùs perfecta*. Car lorsque des formalités sont établies,

qui intéressent le commerce, il faut que le public et le commerce puissent s'assurer de leur entier accomplissement. Qu'arrivera-t-il si, l'émancipation n'existant pas, l'autorisation l'annonce mensongèrement au public? Le public sera trompé, sans avoir pu se prémunir contre l'erreur, et le mineur restera dans les liens de la minorité, inhabile à s'obliger.

En effet, les formalités prescrites sont toutes substantielles; c'est sur leur accomplissement que repose la fiction qui fait réputer *majeur* le *mineur* commerçant.

Or, son émancipation est la base, la première condition de sa capacité commerciale. En cette matière, comme en toutes celles où il s'agit de l'état des personnes, quand des formalités sont prescrites par la loi, en général, *forma dat esse rei.* Par conséquent, si chacune de celles qui sont exigées n'a pas été remplie *in ipso articulo*, nullité absolue de l'autorisation (1); absence complète de capacité pour exercer le commerce et nullité des obligations en tant que commerciales. Or, ces obligations n'ayant pas constitué des faits de commerce *ab initio*, la ratification qui en serait faite par le père, la mère ou le conseil de famille, et dont elles sont susceptibles en tant que civiles, ne pourrait leur imprimer rétroactivement un caractère commercial qu'elles n'ont jamais eu; ni, par suite, faire que le mineur ait été commerçant, et soit, en aucun temps, devenu passible de l'état de faillite. Sa propre ratification, à sa majorité, ne le pourrait même pas.

(1) La jurisprudence a quelquefois éludé la rigueur de ces principes par de prétendus motifs d'équité. C'est à grand tort. Dès que la loi a parlé, l'équité doit se taire, lorsque surtout il s'agit de lois d'ordre public, et de ce nombre sont celles qui règlent les incapacités. En toute matière, mais surtout en celle-ci, *optimus judex qui minimum sibi.*

Sans l'autorisation *in formâ specificâ*, dont il vient d'être parlé, non-seulement le mineur ne peut pas faire un commerce; il ne peut même pas exercer valablement un seul des actes déclarés faits de commerce par nos art. 632 et 633; l'art. 3 le lui interdit expressément. Si l'un de ces faits a été, de sa part, l'objet d'une promesse ou d'une stipulation, il n'aura stipulé ou promis que dans son état de mineur, tel que cet état est réglé par la loi civile, et de là de graves conséquences : Par exemple, si, croyant par erreur que Jacques, mineur, est valablement autorisé à faire le commerce en général, ou spécialement l'acte de commerce qui va se traiter entre nous, je lui vends mon *Neptune* 80,000 fr., et que ce prix soit jugé lésionnaire, le tuteur de Jacques pourra faire rescinder l'acte (art. 1305 C. civ.), à moins que la lésion ne résulte d'un événement casuel et imprévu, *v. g.*, une déclaration subite de guerre maritime (art. 1306 C. civ.). Jacques pourra même se faire restituer dans le cours des dix ans qui suivront sa majorité (art. 1304 même Code). Au contraire, le marché lui est-il avantageux, son tuteur peut exiger que je l'exécute (1), quelle que soit la cause de l'avantage, antérieure ou postérieure à l'acte, et il peut l'exiger lui-même pendant les trente années qui suivront sa majorité.

Ce n'est pas tout : Jacques est-il le vendeur du navire, je n'ai pas le droit d'en exiger la délivrance. Il y a plus encore : si je lui ai payé un à-compte sur le prix, *v. g.*, de 25,000 fr., je suis sans action pour me les faire rendre, à moins que je n'en prouve l'emploi utile pour Jacques, *v. g.*, si la somme a servi à payer à sa décharge une dette légitime, ou si elle a tourné de quelque autre manière à

(1) V. *suprà*, n° 55.

son profit, et à due concurrence de l'estimation de ce profit.

Pour le cas où deux incapables auraient traité l'un avec l'autre, V. *suprà*, n° 58.

Mais les formalités de l'art. 2 accomplies, le mineur, sans cesser d'être civilement incapable de contracter des obligations autres que celles *de in rem verso*, et capable d'obliger les tiers envers lui, acquiert la capacité commerciale de contracter, de s'obliger, de transiger, de compromettre, d'ester en justice, d'hypothéquer ses immeubles, d'engager sa personne par la contrainte corporelle (1) (art. 6 C. comm.; 487, 1308 C. civ.). Si donc *il fait habituellement le commerce,* il devient commerçant, et, subissant toutes les conséquences de sa profession, il peut, s'il cesse ses payements dans le sens de l'art. 437, être déclaré failli, et même banqueroutier simple ou frauduleux. Néanmoins, comme il n'est majeur que pour faits de son commerce, le créancier poursuivant doit prouver la cessation des payements relatifs à ce commerce. Sous ce rapport, la mise en faillite du mineur commerçant diffère de la mise en faillite du commerçant majeur. Celui-ci est censé s'engager pour cause de son commerce (art. 638), si une autre cause n'est pas exprimée; tandis que les obligations du mineur ne sont commerciales que dans la limite de la fiction qui le répute majeur, c'est-à-dire s'il est prouvé qu'elles sont le résultat de faits *relatifs au com-*

(1) *Minores exercentes mercaturam possunt contrahere absque solemnitatibus statutis* (Casareg. Disc. 100, n° 15).

Cependant, on ne permet au mineur que l'aliénation indirecte par l'hypothèque. On a pensé, sans doute, que, pouvant par l'hypothèque obtenir le crédit ou le capital nécessaire à son commerce, il n'a pas besoin de l'aliénation directe (art. 6 C. com., 457 C. pr.). *Concessâ mercaturâ, contractus mutui, obligatio hypothecæ*, sine quibus vix expediri potest, concessa videtur (Marq. lib. 1, cap. 12).

merce qu'il exerce avec autorisation (art. 487 C. civ.).

En fait d'achats et de ventes envisagés aux points de vue de la nullité et unilatérale et de l'obligation, des conséquences de cette nullité de la non-commercialité de l'acte, négative de toute faillite possible nonobstant ratification, les effets sont identiques, de l'acte fait par la femme mariée et de l'acte fait par le mineur, s'ils manquent l'un et l'autre de l'autorisation dont ils ont respectivement besoin pour que leur acte respectif soit commercial et synallagmatique. En statuant que *la nullité fondée sur le défaut d'autorisation ne peut être opposée que par la femme, le mari et leurs héritiers*, l'art. 225 du Code civil dit assez qu'ils peuvent exiger l'exécution du contrat s'ils estiment que leur intérêt le leur conseille.

Si, au contraire, la femme mariée se fait restituer contre son engagement comme elle en a le droit (art. 217, *eod.*), il en est de cette femme comme du mineur autorisé : ce qu'elle a reçu, pendant le mariage, en conséquence de cet engagement, ne peut être exigé, même du mari ou des héritiers, *à moins qu'il ne soit prouvé que ce qui a été payé a tourné au profit de cette femme* (1312, *eod.*), *v. g.*, si c'est une somme d'argent, que cette somme a servi à retirer un de ses propres, vendu à terme de réméré.

61. — L'incapacité de la femme mariée, même majeure, est une vieille maxime du droit ; elle n'est, cependant, dans la législation moderne, qu'une image affaiblie des législations antiques : *Majores nostri*, disait Caton, *nullam ne privatam quidem rem agere fœminas voluerunt, easque esse in potestate parentum, fratrum, virorum.* Tant on comprenait que les affaires extérieures, en dehors de la famille et du foyer, doivent rester étrangères à la condition de la femme !

Dans notre droit, sous quelque régime qu'elle soit mariée, la femme ne peut contracter, ni par conséquent faire un commerce, sans l'autorisation du mari (art. 219 C. civ.). En effet, quel que soit ce régime, la femme est soumise à la puissance maritale. Dans la famille, il ne doit y avoir qu'un chef, qu'un maître : *Dominus, qui dominium in domo habet.* Pendant le mariage, et par l'efficacité du mariage, la personnalité de la femme est suspendue, ou plutôt celle du mari l'absorbe. Rien donc ne peut ni ne doit se faire sans sa volonté, sans son ordre, sans son autorisation. Autoriser, c'est exercer l'autorité maritale.

Ainsi, règle générale, c'est par l'autorisation du mari que la femme est relevée de son incapacité civile.

Ce qui suppose que la femme est dans les conditions nécessaires pour pouvoir être habilitée par son mari. Si elle est mineure, l'autorisation maritale ne lui suffit plus pour acquérir une capacité, que la loi ne confère à tout mineur que par l'accomplissement des formalités prescrites (*suprà*, n° 60).

Cela suppose encore que la mari est aussi dans les conditions nécessaires pour pouvoir habiliter. S'il est mineur, il ne peut donner une autorisation dont il a besoin lui-même. L'autorisation du juge est alors nécessaire (art. 224 C. civ.).

Cette autorisation juridique est encore indispensable lorsque le mari est absent ou interdit, ou s'il est condamné, ne fût-ce que par contumace, à une peine afflictive et infamante (art. 221, 222, *eod.*).

Du reste, quand c'est le mari qui autorise, nulle forme sacramentelle, pas même la spécialité et l'écriture, que l'art. 217 du Code civil exige pour l'autorisation de la femme *non commerçante.* L'autorisation commerciale peut n'être que tacite : il suffit que le mari consente, de

quelque manière qu'il consente. Par exemple, qu'au vu et su du mari, la femme fasse le commerce, il y a autorisation : *Patientia pro consensu habetur*, et, dès que cette autorisation existe, la femme est, une fois pour toutes, rendue capable de tous engagements commerciaux. Le commerce se composant d'une série d'actes, qui se répètent chaque jour et à chaque instant, l'autorisation spéciale ou le concours du mari dans chaque acte serait impossible. Évidemment, l'art. 217 n'a pas été fait en vue du commerce (1).

62. — Le mineur et la femme mariée sont tous deux incapables (art. 1124 C. civ.) ; mais leur incapacité procède d'une cause différente : celle du mineur, de la minorité ; celle de la femme, de la sujétion à l'autorité maritale. C'est pourquoi ils acquièrent la capacité commerciale d'une manière différente : le mineur, par l'accomplissement de certaines formalités ; la femme, par le seul consentement du mari ; le mineur reçoit une capacité qu'il n'avait pas ; la femme recouvre une capacité paralysée par le mariage.

63. — A part les cas exceptionnels dont il vient d'être parlé, n° 61, le mari confère seul l'autorisation, seul aussi il la rétracte ; car elle est un acte de l'autorité du chef de famille, un attribut inhérent à la qualité de mari. En devenant commerçante, la femme, pour faits de commerce, est réputée, *quoique mariée*, maîtresse de ses droits ; elle affecte sa personne et ses biens ; elle oblige, dans certains cas, le mari, la communauté, et les biens propres du

(1) L'intérêt du commerce n'exige-t-il pas une forme telle, que l'on puisse vérifier l'existence ou le retrait de l'autorisation ?

mari. Cet état est une *deminutio* de l'autorité maritale ; un état anormal qui n'existe que par la volonté du mari, et qui cesse d'exister dès qu'il a manifesté une volonté contraire.

Non-seulement le mari seul peut la révoquer ; il peut aussi, lorsqu'il la donne et tant qu'il la laisse subsister, la restreindre et la modifier *uti et ubi voluerit*. Le juge, au contraire, une fois qu'il a donné l'autorisation dans les cas prévus par le Code civil, ne peut d'office la révoquer ni y apporter des restrictions ou modifications. Il ne le peut que lorsqu'il est saisi d'une demande formée par quelqu'un ayant un intérêt légitime, *v. g.*, par un créancier ou un proche parent du mari ou de la femme et celle-ci entendue ou dûment appelée.

La révocation doit être aussi notoire que l'a été le commerce de la femme. Autrement la foi publique pourrait être trompée, et le commerce exposé à traiter avec une femme qu'il croyait capable, et qui avait cessé de l'être. Nul texte de loi concernant la publicité de la révocation, ni des restrictions ou modifications survenues. Cette publicité va de droit ; et quant au mode, la sûreté du mari, la prudence et l'analogie conseillent les moyens indiqués dans les art. 67 et 69 du Code de commerce : l'insertion dans les journaux, l'affiche au tribunal de commerce et même à la Bourse (1).

(1) Ce cas est prévu par le Code de commerce napolitain. La révocation doit être enregistrée au tribunal de commerce, et y rester affichée durant deux mois. Mais le mari ne peut révoquer que s'il y a communauté de biens entre lui et sa femme : « Il marito, porte « l'art. 20, quandò è in communione di beni colla moglie, può rivo- « care il suo consenso con una dichiarazione da registrarsi ed affigersi « giusta la formalita prescritta nel articolo 6 ; » et l'art. 6 porte : « Affisso per lo spazio di due mesi al tribunale di commercio, etc. »

La révocation opère à l'inverse de la ratification ; celle-ci rétroagit toujours, l'autre jamais, pas même à l'égard d'une vente, d'un achat ou de tout autre contrat formés sous une condition suspensive. Les actes faits par la femme, en vertu de l'autorisation depuis révoquée, restreinte ou modifiée, sont donc valables ; et il en est de même des modifications et des restrictions qui auraient pu survenir : elles ne rétroagissent pas davantage. *Tale dissenso però*, dit l'art. 10 du Code napolitain, *non nuocerà à dritti precedenti legalmente acquistati da terze persone.*

64. — Quand la femme mariée fait-elle le commerce, comme marchande publique (1), ou le fait-elle comme la factrice de son mari? Sous le rapport de la faillite, la question est de la plus haute gravité ; puisque, au premier cas, la femme peut être mise en faillite, et que, dans la seconde hypothèse, elle ne doit pas l'être, son mari vînt-il à faillir et fût-elle obligée avec lui.

La femme mariée n'est marchande publique que lorsqu'elle fait un commerce séparé de celui de son mari (art. 5). Mais cet article ne spécifie, n'indique même démonstrativement aucuns faits caractéristiques de la séparation. Le juge ne pourra donc puiser les motifs de sa conviction que dans une appréciation discrétionnaire des circonstances. Or, rien de plus embarrassant que ce genre d'appréciation : *Facti autem interpretatio prudentissimos fallit.*

La femme fait-elle seule le commerce? En général, pas

(1) Vieille locution empruntée à la Coutume de Paris (art. 204 et suiv.) par le Code civil et le Code de commerce, quoique ce dernier Code substitue, en général, la dénomination de *commerçant* à celle de *marchand*.

de difficulté. Mais, il n'est pas sans exemple qu'un mari, pour éluder une interdiction qui lui était personnelle, ait masqué son commerce sous le nom de sa femme.

Un créancier poursuit la déclaration de faillite des époux Jacques. Il la motive,

Quant à Jacques,

Par la production de la patente prise en son nom, et de nombreux protêts de lettres change tirées ou acceptées par lui, et causées *valeur en marchandises;*

Quant à la femme,

Par la production de divers jugements qui la condamnent en qualité de commerçante, et d'engagements commerciaux contractés solidairement par elle et son mari.

Puis, ce créancier raisonne ainsi : ou ils sont tous deux commerçants, ou ils sont collectivement associés pour le commerce. Or, dans l'une et l'autre hypothèse, leur mise en faillite ne peut être douteuse.

Le dilemme fait effet, et madame Jacques est déclarée faillie.

Mais un créancier personnel de la femme, laquelle a des propres suffisants pour répondre de la créance, forme opposition et prétend que le mari seul doit être mis en faillite. Voici les circonstances qu'il invoque :

1° Jacques, avant son mariage, faisait le commerce, mais, ce commerce étant incompatible avec ses fonctions administratives, il le dissimulait sous le nom de sa mère;

2° Après son mariage, il l'a mis sous le nom de sa femme qu'il a autorisée, et qui n'avait jamais commercé;

3° Ce qui démontre la simulation, c'est que Jacques n'a pas cessé de s'occuper de ce commerce, soit indirectement en signant les effets souscrits par sa femme, soit directement, comme le prouvent les nombreux marchés qu'il a faits par correspondance;

4° Enfin, dès qu'il a cessé d'être agent de l'administration qui lui interdisait le commerce, il a révoqué publiquement l'autorisation de sa femme, et pris la patente en son nom.

De tous ces faits, l'opposant conclut que le commerce apparent de la femme Jacques n'était *re ipsâ* que le commerce de son mari.

Quant à la prétendue société commerciale, l'opposant répond : il n'en peut exister aucune de cette espèce entre époux ; l'unité du lien conjugal la repousse : ce serait un moyen indirect de modifier les conventions matrimoniales (1395 C. civ.). D'ailleurs, le mari ayant concouru au commerce de sa femme, elle n'a pu faire un commerce séparé.

Pour ce qui est des jugements rendus contre elle, ils prouvent seulement qu'elle s'est donné ou qu'elle s'est laissé donner la qualité de commerçante, ce qui était conséquent à la simulation.

Mais a-t-elle fait un commerce séparé de celui de son mari? Voilà la question, et ces jugements ne l'ont pas résolue.

Qu'on suppose prouvés les maintiens du créancier, n'en résulte-t-il pas que le jugement qui a mis la femme en faillite doit être rapporté ou réformé?

Cette espèce, très-analogue à une espèce réelle (V. *Rec. des Arr. de la cour de Rennes*, 1844-1847, p. 74), est un exemple que le commerce de la femme peut n'être qu'une fausse apparence couvrant le commerce du mari.

Le droit d'opposition que nous avons supposé exercé par un créancier personnel de la femme, la femme l'aurait aussi incontestablement dans son propre intérêt.

Autre espèce :

Le mari sans profession, ou n'exerçant pas la profession du commerce, signe des effets souscrits par sa femme commerçante. Devient-il commerçant, comme le devient l'associé commanditaire qui se mêle de la gestion sociale (art. 27) ? Il faut distinguer. Le mari n'a-t il signé qu'accidentellement : à part toutes autres circonstances, il n'est que caution, comme aurait pu l'être un tiers. Au contraire, participe-t-il à ce commerce par sa signature, de manière à l'accréditer, à le gérer, en quelque sorte, par procuration tacite : on le répute l'auteur du commerce, et, comme il ne peut exister de société commerciale entre époux, la femme n'est alors que factrice (1).

La femme déjà commerçante avant son mariage, se marie à un commerçant ; puis, les époux continuent leur commerce respectif. Chaque commerce reste-t-il séparé, ou n'y a-t-il plus qu'un seul et même commerce, dont le mari soit le maître ? Abstraction faite de toutes circonstances pouvant modifier la décision, il est conséquent aux divers régimes sous lesquels les époux peuvent s'être mariés :

Que, s'ils le sont sous le régime de la séparation de biens, d'exclusion de communauté, ou sous le régime dotal, il y ait séparation de commerce ;

Qu'au contraire, les deux commerces n'en fassent qu'un, s'il y a communauté de biens entre les époux. Pourquoi, en effet, une séparation d'intérêts, quand le

(1) Un associé commanditaire ne perd cette qualité que s'il gère la société, ou est employé dans la gestion de la société, même en vertu d'un mandat. Car gérer, c'est *expendere nomen sociale* ; ce qui est incompatible avec la qualité de commanditaire. Dans l'article 27 du Code de commerce, ces mots : « il ne peut faire aucun acte de gestion, » restreignent le sens de ceux qui suivent : « ni être employé dans les affaires de la société. »

but de leur collaboration est le même? C'est là plutôt une administration bipartite du même commerce, que ce ne sont deux commerces dont l'un appartienne au mari, l'autre à la femme.

Mais, comme on vient de le dire, quel que soit le régime du mariage, les circonstances variables qui accompagnent toujours ces sortes de questions seront à peser par le juge en sa conscience de juré: *v. g.*, quoique les époux soient communs en biens, s'il est constant que le mari exploitait une filature, et que la femme faisait exclusivement et séparément la banque, la communauté n'empêchera pas la séparation des commerces, et chacun des deux époux sera commerçant.

Il en est de même dans l'espèce suivante : le mari et la femme font chacun un commerce de même genre, mais dans des établissements séparés; ou bien un commerce du même genre ou d'un genre différent, mais dans la même maison. Bien que la solution soit dominée par la différence des régimes, on devra tenir compte des circonstances particulières; car elles peuvent être de telle nature, qu'elles démontrent l'unité du commerce, quoique chacun des époux négocie de choses d'un genre différent, dans des établissements différents; et que, au contraire, il y ait séparation des deux commerces avec des intérêts distincts, quoique l'un et l'autre commerce soient du même genre et exercé dans la mêmes maison.

65. — Enfin, sans multiplier les hypothèses, rappelons encore qu'il appartient au juge de décider comme juré si la femme est commerçante avec son mari, ou si elle n'est que la factrice de son mari commerçant. Quelle que soit sa décision à cet égard, pourvu qu'elle soit motivée, elle échappe à la censure de la Cour de cassation.

Suivant donc la décision en point de fait, la femme seule, ou le mari seul, ou tous deux pourront être déclarés faillis. Mais, dans ce dernier cas, les faillites resteront distinctes ; rien de commun entre les deux commerces, rien de commun entre les deux faillites. Celles-ci ont leur actif, leur passif, s'administrent, se liquident et se règlent séparément : *v. g.*, celui qui a vendu et livré au mari ne peut rien demander dans la faillite de la femme, et *vice versâ, in omni sensu.*

66. — La qualité de marchande publique n'affecte pas seulement la *personne* de la femme mariée en la rendant capable de s'obliger, de commercer, de faillir ; elle affecte aussi, sauf une seule exception, ses biens propres de toute nature ; en outre, elle engage le mari, les biens propres du mari, ceux de la communauté.

A la différence de la femme non commerçante, qui ne peut, sans une autorisation spéciale, ni s'obliger, ni aliéner, la femme autorisée à faire le commerce oblige sa personne et aliène ses immeubles *non stipulés dotaux* (art. 7).

A la différence du mineur commerçant, qui oblige sa personne, ses biens, mais qui ne peut aliéner ses immeubles sans les formalités de justice, la marchande publique s'oblige, elle et ses biens, sans aucune formalité judiciaire (art. 7).

Mais, sous un autre rapport, sa capacité commerciale est moindre. Le mineur peut ester en justice ; la femme ne le peut sans l'autorisation maritale (art. 215 C. civ.); et, quoique cette disposition se concilie mal avec le Code de commerce (1), le Code civil fait loi, parce que c'est ce

(1) Statutum permittens contractus mulieris sine curatore non est putandum voluisse negare judicia. (*Marq.* ibid.).

Code qui règle et qui seul doit régler l'état civil des personnes.

Ce n'est pas seulement pour *faits de son commerce* que la marchande publique, mariée, peut contracter des obligations; elle s'oblige aussi, *en ce qui concerne son commerce* (art. 5 C. comm.), expression d'un sens plus large que *les faits* de commerce; par exemple, si elle aliène ou hypothèque des immeubles pour se procurer soit des capitaux, soit un crédit; ou si elle achète des immeubles soit pour établir, soit pour agrandir son commerce. Ce sont là des actes qui, sans être des actes de commerce, *concernent* le commerce. Or, relativement à sa mise en faillite, il n'y a à considérer que ses dettes commerciales. Les dettes de cette nature peuvent seules caractériser une *cessation de payements ou faillite.*

67.—La femme mariée, marchande publique, engage, avons-nous dit, le mari, les biens propres du mari, et les biens de la communauté.

Une objection se présente : Que la femme commerçante, peut-on dire, oblige sa personne ou ses biens, on le conçoit : c'est elle qui contracte, et l'autorisation maritale lui a rendu sa capacité suspendue par le mariage. Mais comment le mari serait-il obligé par les actes de sa femme? Il ne fait que l'autoriser ; et autoriser, ce n'est ni contracter, ni s'obliger. Or, il est des premiers éléments que les contrats n'obligent que ceux qui contractent : *Personam contrahentium non egrediuntur contractus.* Je ne puis être obligé *in solidum* par le contrat de quelqu'un que j'ai habilité à promettre une chose qu'il ne pouvait promettre sans cette habilitation, si je n'ai pas promis cette chose par le même contrat et en même temps; et, dans ce cas, ce n'est pas son contrat qui m'oblige, c'est le

mien, c'est le nôtre. Quand donc je dois identiquement et en totalité la même chose que lui, ce n'est pas parce qu'il l'aurait promise pour moi, car il n'a pu promettre que pour lui-même, mais parce que je l'ai promise moi-même avec lui, ni plus ni moins qu'il ne l'a promise lui-même. Si je l'ai promise avant lui ou après, notre obligation respective ne dérive pas du même contrat ; et je n'y suis pas obligé, si je ne l'ai jamais promise. Pourquoi donc est-il dit dans l'art. 5 que la femme (autorisée comme il est écrit en l'art. 4) *oblige son mari, s'il y a communauté entre eux ?*

L'objection serait insoluble s'il n'existait d'autre manière de devenir débiteur de la même chose qu'un autre, qu'en se constituant son *correus promittendi*. Mais, outre les obligations qui naissent des contrats, des quasi-contrats, des délits et des quasi-délits, il en est qui découlent de diverses autres causes, *ex variis causarum figuris*, et de ce nombre sont celles que nous contractons par le fait ou le contrat d'un *institor* préposé par nous à des négociations dont les profits tout entiers nous appartiendront. Or, quand il y a communauté, le mari, qui en est le maître, recueille exclusivement tous les profits du commerce de sa femme, laquelle n'est qu'un *institor* dont il est le *præponens*. L'armateur d'un navire pour faire le commerce devient personnellement obligé par les conventions du capitaine relatives aux affaires du navire. Il en est de même du mari commun en biens. Sans doute, n'ayant point concouru à l'acte de la femme, il ne peut être son *correus promittendi* ; mais il n'en est pas moins son *correus debendi*, parce qu'il recueille seul tous les profits de l'acte (art. 1421 C. civ) : *Exercitorem dicimus ad quem obventiones et reditus omnes perveniunt* (L. 1, § 12, D., *de exercit. act.*). Or, le même principe s'applique au *domi-*

nus negotiationis qui a préposé un *institor* (1) : *Æquum prætori visum est sicut commoda sentimus ex actu institorum, ità etiam obligari nos ex contractibus ipsorum et conveniri* (L. 1. D., *de instit. act.*).

Or, l'armateur qui prépose un capitaine à la gestion du navire et le mari qui autorise le commerce public que sa femme exerce, ont cela de commun qu'ils recueillent seuls, celui-là les profits du navire géré, celui-ci les profits du commerce autorisé.

L'effet de l'autorisation maritale, dont il est parlé dans notre art. 5, est donc,

Quant au mari, que l'obligation contractée par sa femme *secundùm legem præpositionis*, l'oblige lui-même dans toute l'étendue de l'art. 2092 du Code civil;

Quant à la femme, qu'elle demeure si bien obligée, nonobstant l'obligation de son mari, que sa renonciation à la communauté dissoute ne la décharge en rien, à l'égard des tiers, de son propre engagement;

Enfin, quant au créancier, qu'il peut, à son gré, agir pour le tout, soit contre le mari, soit contre la femme, ou contre les deux simultanément;

Mais que, n'y ayant qu'une dette, bien qu'il y ait deux débiteurs de la dette entière, le payement fait par l'un d'eux libère l'autre.

Tous ces résultats dérivent du fait de la préposition constituée et gérée. Nul besoin, pour cela, de la fiction d'un mandat qui, suivant quelques auteurs, est donné à la femme par le mari de le constituer *reus promittendi* (V. Voët., lib. 23, tit. 2, n° 44). On verra tout à l'heure que cette supposition, très inutile en elle-même, est incom-

(1) V. Macheldey, *Manuel du droit romain*, §§ 476, 477.

patible avec le Code de commerce. Il suffit à tout que le mari soit *reus debendi.*

Le mandat a, sans doute, de l'affinité avec la préposition, comme avec le louage, la société, l'assurance et tant d'autres contrats ou d'autres causes d'obligations. Mais ils n'en restent pas moins ce qu'ils sont, le louage, la société, etc., et il en est ainsi de la préposition. En outre, un trait caractéristique la distingue du mandat : le mandat finit toujours par la mort du mandant (2003 C. civ.). Au contraire, la préposition subsiste tant que l'héritier ne l'a pas retirée; et c'est pourquoi le préposé traite valablement avec un tiers, sachant l'un et l'autre que le préposant a cessé de vivre.

Les principes que nous venons d'exposer le plus brièvement possible, ne sont, on le voit bien, que des corollaires de cette règle-maxime d'éternelle vérité : On ne peut avoir les profits sans supporter les charges : *Ex quâ personâ quis lucrum capit, ejus factum præstare tenetur* (L. 149, D. *de div. reg. jur.*). Notre art. 5 n'étant donc qu'une déduction de ce grand principe, sa disposition s'étend à tous les régimes sous lesquels le mari profite seul du commerce de sa femme : *Ubi eadem ratio, ibi idem jus.* En un mot, cet art. 5 est purement *démonstratif;* et, si le contraire était jugé, le jugement ou l'arrêt serait cassé pour fausse application de la loi, ou, ce qui est la même chose, pour violation de la règle *ex quâ personâ, etc.* (1).

(1) V. *Le Droit dans ses maximes*, p. 25 et suiv. L'auteur y fait mention de plusieurs arrêts de la cour suprême, uniquement fondés sur des règles-maximes. « Une loi, est-il dit, p. 25, qui ne fait que « proclamer une maxime, peut, sans encourir l'accusation de ré« troactivité, s'appliquer à des faits antérieurs à sa publication « (arrêt Cass., ch. civ., 4 mars 1817; Sirey, 17, 1, 214). C'est que « la maxime était loi avant elle. »

Or, le régime de la communauté n'est pas le seul où le commerce de la femme tourne au profit exclusif du mari. Il en est de même sous un régime tout opposé. En effet, sous le régime exclusif de la communauté, le mari n'a pas seulement l'administration des biens de sa femme, et le droit d'en percevoir les fruits; il a même l'usufruit de tout ce qui appartient à la femme (1531, 1533 C. civ.). Il jouit donc, ou peut jouir, des bénéfices du commerce qu'il a autorisé, et dès lors il est naturellement responsable des dettes.

Les époux sont-ils mariés sous le régime de la séparation de biens, ils en conservent entièrement et respectivement l'administration et la jouissance. Le mari ne profitant pas du commerce, il n'est pas tenu des charges. C'est un point admis par tous.

Quant au régime dotal, on est loin d'être d'accord. Le doute naît de l'art. 1549 du Code civil, qui accorde au mari l'administration des biens dotaux, la perception des fruits et l'intérêt des capitaux. On en conclut que les bénéfices du commerce de sa femme lui appartiennent, et que, par conséquent, il est tenu *in solidum* des dettes commerciales contractées par elle, *intrà fines præpositionis*. D'ailleurs, continue-t-on, si le mari n'était pas obligé, quel moyen pour les créanciers d'être payés, surtout lorsque la constitution de dot frappe tous les biens présents et à venir (1542 C. civ.)?

On répond : Cette argumentation n'a d'autre appui qu'une assimilation inexacte. Il est manifeste que l'industrie commerciale de la femme ne peut être assimilée, ni à un bien qui s'aliène, se constitue en usufruit, ou en dot; ni à un capital, dont on obtient le remboursement, ou dont on perçoit l'intérêt. L'industrie est une aptitude, une qualité, une chose inhérente à la personne, une per-

sonnalité. Comment concevoir qu'elle puisse être dotale, et, si elle est en dehors de la dot, de quel droit le mari prendrait-il les bénéfices du commerce de sa femme?

Que les créanciers n'aient pas le moyen de se faire payer, qu'importe? Ils ont traité avec une femme qu'ils savaient ou devaient savoir mariée sous le régime dotal (69 C. comm.); ils en supportent les conséquences.

Ces réponses nous paraissent décisives.

68. — L'obligation qui résulte, *v. g.*, d'une vente ou d'un achat fait par la femme commerçante oblige le mari non commerçant qui l'a autorisée, au point de le rendre justiciable des tribunaux consulaires. Néanmoins le principe de son obligation n'étant pas, de sa part, un acte de commerce, mais le pur effet d'une responsabilité légale, il s'ensuit :

1° Qu'il n'est pas contraignable par corps;

2° Que la faillite de sa femme ne le constitue pas lui-même en faillite.

En effet, notre législation ne permet de prononcer la contrainte pas corps que dans le cas où elle est autorisée (art. 2063 C. civ.); nulle loi ne l'autorise dans l'espèce; d'un autre côté, l'obligation dont est tenu le mari n'est pas un fait de commerce qui lui soit personnel. La contrainte corporelle, applicable à la femme, ne l'est donc pas à son mari.

Il en est de même de la faillite, et cela par une double raison :

1° C'est que la faillite, fait exclusivement commercial, est exclusivement l'état du commerçant qui cesse ses payements;

2° Qu'elle ne peut résulter que de la cessation de payements propres au commerce du débiteur.

Cela posé, non commerçant ou commerçant, le mari ne peut être déclaré failli par le seul effet de la faillite de sa femme ; au premier cas, parce qu'il ne fait pas le commerce; au second cas, parce que le commerce de la femme n'est pas le commerce du mari.

Avec la fiction d'un mandat, ces solutions, très-conformes à la législation commerciale, y seraient contraires. En effet, dans ce système, en vertu de l'autre fiction *qui mandat, ipse fecisse videtur*, le mari serait censé faire *personnellement* le même acte de commerce que sa femme ; et, comme à chaque vente et chaque achat, ou toute autre obligation contractée *intuitu commercii*, la fiction opérerait avec les mêmes conséquences, il s'ensuivrait que le mari serait contraignable par corps, que la faillite de sa femme entraînerait la sienne, et, s'il est commun en biens, ne serait que la sienne. Mais que signifierait alors le second alinéa de l'art. 5 touchant le *commerce séparé* de la femme commune en biens? Ce ne serait plus qu'un *non-sens*.

Si l'on suppose le mari commerçant et cessant lui-même ses payements, y ayant eu deux commerces, il y aurait deux faillites, dont chacune se réglerait séparément avec ses créanciers et ses débiteurs propres.

69. — Selon la nature ou l'objet de ses obligations actives et passives, le commerçant est une double personne, soumise tantôt à la loi civile, tantôt à la loi du commerce. On voit, par ce qui précède, que la même distinction régit le mineur et la femme mariée. Mais, la personne civile restant dans les liens de la minorité ou sous le joug du mari, en même temps que la personne commerciale a son libre arbitre, il en résulte de graves et singulières conséquences.

Quand c'est la femme qui fait le commerce, ordinairement le mari n'exerce aucune profession, et par cela même il est à peu près voué à la nullité.

Qu'est-il en présence de la femme, qui nourrit la famille, enrichit le patrimoine de la famille, remplit le rôle du père de famille? Que deviennent l'autorité maritale, la puissance paternelle? Les rôles ne sont-ils pas intervertis? La femme est tout; le mari, rien; le père de famille, rien. Voilà pour le côté moral; voici pour le droit :

Un mari mineur ne pouvant autoriser sa femme à contracter, il ne peut évidemment pas l'autoriser à faire un commerce. Sous ce double aspect, le suppléant du mari, c'est le tribunal civil. Mais le surplus de l'autorité maritale reste au mari. Il régit donc la personne et administre les biens d'une femme majeure, peut-être fort riche, lui qui, n'ayant de capacité que dans les limites de son émancipation, n'est pleinement maître ni de ses propres droits, ni même de sa personne; tant il est dans le vouloir de la loi civile que la volonté de la femme, quel que soit l'âge respectif des époux, reste toujours asservie à la volonté du mari.

Mais qu'on suppose à la femme un commerce autorisé, et tout à coup elle est pleinement libre. Il y a plus : à elle, en quelque sorte, le sceptre domestique, et avec plus de puissance que n'en avait le mari; car jamais celui-ci ne peut, par ses contrats, obliger ni la personne, ni les biens de sa femme. La femme, au contraire, non-seulement oblige sa personne et ses biens, mais en s'obligeant, et par cela seul qu'elle s'oblige, elle oblige aussi la personne et les biens de son mari non moins que ceux de la communauté. Majeure ou mineure, elle peut donc librement se ruiner, ruiner la communauté, ruiner son mari, et de plus opérer une séparation de corps temporaire

(cinq ans), par l'effet de la contrainte personnelle à laquelle sa profession l'assujettit. C'est le monde renversé.

En ce qui concerne le mineur, les disparates ne sont pas moins étranges.

Civilement incapable, le mineur ne peut emprunter 50 francs, sans une délibération du conseil de famille (483 C. civ.); mais *commercialement capable*, il peut emprunter 50 mille écus, engager ses biens, même sa liberté, et compromettre son honneur dans une faillite.

Le mineur *civil* ne peut recevoir le plus minime capital, sans l'assistance d'un curateur qui en surveille l'emploi (481 C. civ.). Mais le mineur *commerçant* est un *mineur-majeur* qui peut quittancer toute somme, transiger, faire remise, etc...

Que le mineur civil fasse quelques achats excessifs de ménage, ils sont réductibles et cet étourdi peut être privé du bénéfice de l'émancipation ; mais le mineur commerçant reste obligé, quelles que soient la quantité de marchandises achetées et la quotité du prix.

Toutes ces conséquences se contredisent et se heurtent. On en voit la cause : c'est cette double personnalité d'une seule et même personne, tantôt incapable, vu sa minorité ; tantôt capable, vu sa majorité. Cela peut paraître bizarre, ou plutôt, pour nous servir d'une expression de *de Jorio, il buon senso vi ripugna;* car, aux yeux de la raison, si ce mineur est incapable des transactions *civiles*, *à fortiori* devrait-il l'être des transactions *commerciales*, bien autrement importantes; et, s'il est capable des transactions *commerciales*, *à fortiori* devrait-il l'être des transactions civiles; *in rei veritate*,, capacité ou incapacité, pas de milieu.

Dans la femme mariée et marchande publique, même distinction de personnes ; de plus, une femme dépendante

et une femme affranchie de la puissance du mari; et, si cette femme dépendante et indépendante n'a pas accompli sa vingt-et-unième année, il y aura de plus en elle une personne commerciale, majeure, libre dans sa volonté; et une personne civile, mineure, dont la volonté reste enchaînée dans les liens de la minorité, nonobstant son mariage, eût-elle l'autorisation de son mari; ce serait un quadruple état.

En un mot, l'état civil du mineur commerçant et l'état civil de la femme mariée marchande publique, sont l'antithèse de leur état commercial. Quelle plus forte preuve de cette séparation totale que la loi a voulue entre les affaires civiles et les affaires commerciales? La nécessité sociale du commerce et l'intérêt du commerce, sa loi vitale, pouvaient seuls justifier de telles anomalies. Nous avons dû les faire remarquer; car, plus ces anomalies sont dérogatoires à la loi civile, mieux elles prouvent que les obligations du commerçant, son état commercial et les conséquences commerciales de cet état, ne peuvent être régis que par la loi commerciale.

§ IV

OBLIGATIONS INHÉRENTES A LA PROFESSION DU COMMERÇANT.

SOMMAIRE.

70. Des obligations générales ont été attachées à la profession du commerçant; lesquelles.
71. La patente est un impôt personnel; son fondement; le défaut de patente ne frappe la personne d'aucune incapacité d'exercer le commerce, et n'empêche pas l'acte d'être commercial.
72. Raison de la publicité des conventions matrimoniales; comparaison des art. 67 et 69 du Code de commerce.
73. Égale nécessité de publier la séparation judiciaire de biens entre époux.
74. Indispensabilité des livres de commerce; leur ancienneté; leurs conditions de régularité.
75. Quand la tenue régulière des écritures commerciales a commencé d'être obligatoire en France; quel fut le sort de l'ordonnance de 1673; comment les dispositions du Code sont exécutées.
76. Des livres prescrits par le Code de commerce; en quoi consiste leur régularité; sanction des dispositions du Code; utilité de se familiariser avec la pratique de la tenue des livres.

70. — Le commerçant n'a été classé à part des autres citoyens que pour être régi, en tant que commerçant, par des dispositions spéciales (V. *suprà*, n° 37). Dès lors, il était conséquent de déterminer les obligations générales que comporte la nature de la profession.

Ces obligations sont relatives :

A la patente;

A la publicité des conventions matrimoniales et de la séparation judiciaire de biens;

A la tenue régulière de livres.

71. — *Patente.* Tout commerçant, même l'étranger établi en France, doit se munir d'une patente ou d'un extrait du registre-matricule qui constate la somme annuelle due au fisc à raison de la profession exercée.

Le droit de patente est un impôt personnel qui a un juste fondement. Chacun doit contribuer aux charges de l'État dans une proportion raisonnable, l'industriel comme le propriétaire, le commerçant comme le rentier. Car, sans impôt, point d'organisation sociale, point de force publique pour faire respecter l'ordre et maintenir l'indépendance de la nation. L'impôt est un devoir du citoyen, mais l'impôt juste, modéré; excessif, intolérable, il est une des causes de la chute des empires.

Cet impôt se compose d'un droit fixe et d'un droit proportionnel, que des lois spéciales déterminent d'une manière précise et minutieuse.

La loi des patentes est une loi fiscale essentiellement variable. C'est l'administration qui recherche et taxe les patentables; elle est censée n'en oublier aucun, et, de fait, elle en oublie peu ou point. C'est aussi à l'administration que les réclamations doivent être adressées. L'ad-

ministration étant juge et partie, le mode de procéder n'est pas une garantie certaine de justice.

Nous n'avons à considérer la patente que sous le rapport commercial. Or le défaut de patente ne frappe d'aucune incapacité d'exercer le commerce et n'empêche pas un acte d'être commercial. On peut être commerçant sans une patente, comme on peut ne pas l'être avec une patente. Tel acte peut être commercial sans la patente, et tel acte ne l'être pas avec la patente. En un mot, la loi de la patente prononce des peines pécuniaires contre les contrevenants, mais elle ne touche en rien ni à la qualité de commerçant, ni à la commercialité de l'acte.

Ainsi est commerçant qui fait le commerce sans patente, et n'est pas commerçant celui qui ne le fait pas, nonobstant la patente.

72. — *Publicité des conventions matrimoniales et de la séparation judiciaire de biens.* Le mariage, *matrimonium*, institution du droit naturel, fondement de la famille, de la cité, du genre humain, ne doit pas être confondu avec le *contrat de mariage*, c'est-à-dire les stipulations matrimoniales. Les conventions pécuniaires entre époux appartiennent seules au Code de commerce, et voici sous quel rapport :

Elles peuvent affecter d'une manière sensible le crédit ou la fortune du commerçant.

En effet, les époux sont ils mariés sous le régime de la communauté, les biens qui entrent dans la communauté répondent des dettes contractées par le mari ou par la femme du consentement du mari (1408-1482 C. civ.).

Ont-ils adopté le régime exclusif de communauté, les biens restent propres, mais le mari a l'administration et

l'usufruit de ceux de sa femme (1530, 1533 C. civ.).

Au contraire, lorsqu'ils sont mariés sous le régime de la séparation de biens, les biens de l'un ne sont pas tenus des dettes de l'autre; chacun en conserve l'administration et la propriété (1538 C. civ.).

Enfin, sous le régime dotal, les biens dotaux de la femme étant inaliénables sont affranchis des dettes, soit du mari, soit de la femme (1554 C. civ.).

Ajoutons que les immeubles que le mari possède au jour de la célébration du mariage cessent d'être libres; ils sont hypothéqués aux reprises de la femme (563 C. comm.).

Un mariage riche en apparence, quand au fond le capital du commerçant reste le même ou peut être grièvement affecté, ne doit pas être un instrument, un prétexte ou une occasion pour tromper la foi publique. Il faut que le commerce puisse connaître le vrai et apprécier la situation pécuniaire du commerçant. Or, quel moyen plus sûr que la publicité du contrat de mariage qui révèle le régime adopté et les clauses dérogatoires à ce régime. Chacun peut alors, connaissant l'état des choses, mesurer la confiance à accorder.

La même publicité n'est pas exigée du non-commerçant. Dans les affaires civiles, on prend son temps, on consulte, et, avant de traiter, on se fait, au besoin, représenter le contrat de mariage. Dans le commerce, les opérations sont de chaque jour, les circonstances variables, et elles ne permettent pas de délai; le commerçant ne peut avoir sans cesse son contrat de mariage à la main. Il a donc été nécessaire de prescrire un mode régulier de publicité.

De la cette règle : tout contrat de mariage entre époux dont l'un est commerçant, et quel qu'en soit le régime,

doit être rendu public suivant des formalités prescrites (art. 67 C. comm.).

L'art. 68 du même Code sanctionne la règle.

Même publicité, sous la peine comminatoire de banqueroute simple en cas de faillite, lorsque l'un des époux, *séparé de biens ou marié sous le régime dotal*, embrasse la profession du commerce postérieurement à son mariage.

Comparez les art. 67 et 69; il en résulte cette conséquence :

De celui qui est commerçant au moment du mariage, on exige publicité, quel que *soit le régime du mariage;* on ne l'exige de celui qui devient commerçant après le mariage, que s'il est marié sous le régime de *séparation de biens* ou *sous le régime dotal.*

On ne saurait expliquer la raison de cette différence. Car si, à défaut de contrat de mariage, les époux sont régis par les règles de la communauté légale (art. 1400 C. civ.), il peut cependant exister entre les parties un contrat avec clauses dérogeant à ces règles. D'un autre côté, les époux peuvent se marier sous le *régime exclusif de communauté.* Or le public commerçant n'est pas moins intéressé à connaître cette situation matrimoniale.

On ne peut se rendre compte de cette différence qu'historiquement. L'art. 69 est emprunté à l'ordonnance de 1673; l'art. 67 est une disposition nouvelle, d'une conception plus large. On n'a pris garde, ni à l'ancien article qui est restrictif, ni au nouveau qui est extensif. De là une discordance.

73. — La publicité de la séparation de biens entre époux n'est pas moins nécessaire, dans le commerce, que la publicité des stipulations matrimoniales.

Ces stipulations deviennent irrévocables par le mariage; c'est un principe du Code civil (art. 1395). Le mari est le chef et l'administrateur suprême de la communauté et de la dot; c'est un autre principe du même Code (1421, 1531, 1549). Mais l'un et l'autre principe souffrent une grave atteinte, ou plutôt sont anéantis par la séparation de biens que le Code civil permet (art. 1443). Car, en vertu de la séparation, la femme reprend la propriété, l'administration et la jouissance de ses biens, malgré la puissance maritale et l'immutabilité du contrat de mariage.

C'est pourquoi la séparation de biens doit être prononcée par la justice et pour des causes définies.

Mais trop souvent des séparations judiciaires de biens ont été concertées entre époux, en prévision de la faillite du mari et à la ruine de ses créanciers. Les époux d'accord dans leur simulation, la séparation est prononcée, la liquidation est faite, et, quand l'avoir du mari est absorbé par les reprises de la femme, quand toute sa fortune se trouve frauduleusement aux mains de la complice, alors la faillite éclate inopinément, ne laissant que la misère ou des procès ruineux à d'honnêtes créanciers dupes d'une audacieuse tromperie.

Atteindre et déjouer des séparations de biens frauduleusement concertées est le but des art. 65 et 66 du Code de commerce, des art. 1445 du Code civil et 872 du Code de procédure. Les formalités qui doivent précéder et suivre le jugement de séparation appellent la vigilance des créanciers; chacun peut former opposition au jugement, contredire la liquidation qui en est la suite; en un mot, défendre ses droits contre le dol et la fraude.

Ces formalités sont le seul moyen, sinon de déjouer complétement, du moins d'atténuer des combinaisons ou des manœuvres frauduleuses.

Ainsi, point de séparation de biens entre époux sans l'intervention de la justice, et sans un jugement rendu publio suivant un mode prescrit.

Les lois qui ordonnent cette publicité et celle du contrat de mariage, qui en prescrivent le mode, qui la sanctionnent, sont des lois d'ordre public ; car elles sont préventives du dol et de la fraude. Ce sont des statuts positifs, arbitraires, limités à leur objet, mais par cela même d'une stricte observance.

74. — *Tenue régulière de livres.* Toute profession, mais surtout la profession du commerce, exige de l'exactitude, de l'ordre, de la régularité. Aussi *les livres de raisons,* comme on disait autrefois, *rationes, rationarii codices,* remontent à une si haute antiquité, qu'il est impossible d'en vérifier l'origine. Solon en parle, et il en est question à tout moment dans les plaidoyers de Cicéron et de Démosthène. D'un usage général chez les anciens, le secours en était surtout indispensable, comme il le sera toujours, pour quiconque embrasse la profession de commerçant. Sénèque le rhéteur, dans la préface d'un de ses ouvrages, se vante d'avoir redit sur-le-champ deux mille noms prononcés une seule fois en sa présence, et cela sans intervertir l'ordre dans lequel ils avaient été récités; mais les eût-il retenus seulement vingt-quatre heures, il est permis d'en douter. Rien ne peut empêcher l'effet du temps sur les souvenirs de l'homme. Dès qu'un négociant commence à opérer sur crédit, et que les détails de son commerce se multiplient, c'est pour lui une nécessité de les consigner, de les enregistrer sur des livres, afin d'en suivre le mouvement et de pouvoir, à volonté, s'en rendre un compte d'une manière prompte et exacte. C'est ce qui fait dire à Straccha : *Solent et debent mercatores ratio-*

num libros conficere; id enim ad statum eorum præcipuè pertinet (*de Mercat.* 2, p. n° 51). Aussi, comme le voulait l'orateur du gouvernement, M. Regnault, la conscience du juge serait-elle toujours sûre de trouver la conscience du commerçant tout entière dans ses livres, si l'on était certain qu'il les a soigneusement et fidèlement tenus.

Mais comment s'en assurer? Où trouver une garantie contre les erreurs de la négligence et les préméditations de la fraude? Ce sont les conditions de cette régularité, de cette ponctualité, que la coutume commerciale, et, après elle, le législateur, a voulu déterminer : *Quæ requiruntur ut codex rationum more experientium et probatorum mercatorum institutus et conscriptus dicatur*? Voilà le problème, et la solution n'en peut être que dans la régularité des livres et la ponctualité des écritures. Ce n'est pas que leur conformité extérieure avec les prescriptions de la loi garantisse toujours qu'il ne s'y est pas glissé quelque combinaison mensongère; la mauvaise foi est si ingénieuse! mais c'est la précaution la plus efficace possiblecontre l'altération des faits et la dissimulation de la vérité.

75. — En France, la tenue régulière des écritures commerciales, d'obligation selon l'usage, le devint légalement par l'ordonnance de 1673. Y trouver les documents nécessaires à l'appréciation des causes d'une faillite, ainsi que des preuves dans les contestations judiciaires, tel fut le dessein du législateur. Il n'attacha pourtant à ce dernier but qu'un intérêt secondaire; car l'ordonnance omit de préciser jusqu'à quel point les livres auraient foi.

Cette loi eut le sort de beaucoup d'autres: elle ne fut pas exécutée, et l'on aurait pu le prédire. Comment, en effet, y assujettir une infinité de petits marchands? Ajou-

tez, quant aux marchands en gros, la cote et le paraphe, impraticables dans les grandes villes, la fiscalité du timbre, la création d'*officiers contrôleurs des livres du commerce*. Vainement un auteur grave qui s'en fit l'apologiste s'écriait-il : « Notre glorieux monarque a voulu « distinguer les livres des marchands des écritures privées, « et les égaler aux écritures publiques. Il veut que non-« seulement ils soient paraphés par les juges et consuls, « mais encore qu'ils soient composés de papier timbré. » (Toubeau, *Inst. comm.*, t. 2, l. 2, p. 67.) Les négociants d'alors restèrent insensibles à la royale faveur des registres à timbre, et ceux d'aujourd'hui n'en furent guère plus touchés ; témoin ce tribunal de commerce qui osa dire à un autre glorieux monarque : « Cette authenticité est fic-« tive ; le vrai caractère de l'authenticité, c'est celui qui « fait naître la conviction. Or, quelle conviction naîtra de « ce que le livre sera timbré ou ne le sera pas ?» (Obs. sur le proj. du C. de comm.) L'ordonnance tomba donc en désuétude, ou, pour mieux dire, on ne s'y habitua jamais. L'usage prévalut de produire des livres non timbrés, non paraphés, pourvu qu'il fussent reliés et tenus par ordre, et, quant à la preuve qui en pourrait résulter, le juge en décidait selon les circonstances.

Le mauvais succès de l'ancienne loi n'a pas empêché la nouvelle d'en reproduire les dispositions presque littéralement. Même fiscalité (1), même formalité du paraphe et de la cote, même obligation de tenue de livres, imposée à tous commerçants sans aucune distinction, et même sanction illusoire, puisqu'elle est toute à l'arbitraire du juge (art. 12, 15, 17, 586 C. comm.); et

(1) Le timbre exigé jusqu'en 1837 a été remplacé par 3 centimes ajoutés à la patente. (L. 20 juillet 1827.)

comme les mêmes causes produisent les mêmes effets, la nouvelle loi est restée, aussi bien que l'ancienne, partie sans exécution, partie inexécutable. D'un autre côté, les tribunaux semblent prendre à tâche d'en favoriser l'inobservation par l'indulgence avec laquelle ils accueillent des livres qui n'y sont pas conformes. Il suffit qu'ils soien *bien alignés*. Mais comment s'en étonner, quand le commerçant qui juge ne tient pas les siens d'une autre manière, et pourquoi l'en blâmer, si les formalités prescrites sont impuissantes à prévenir les altérations ou les fabrications d'écritures?

En outre, comment imposer l'obligation de livres conformes au Code, à cette foule de petits marchands qui savent à peine lire et écrire? Une certaine classe de commerçants peut seule y être raisonnablement assujettie, et l'on ne saurait, avec justice, exiger des autres pas plus la même comptabilité que la même patente. Enfin le Code lui-même a un vice propre qui, plus que tout le reste, en assure l'inexécution; c'est de ne pas déterminer le degré de foi due aux livres. L'art. 12 laisse le juge en pleine liberté de les rejeter ou de les croire. Celui dont les écritures sont tenues avec régularité n'a pas la certitude d'en retirer le fruit qu'il devait en attendre. Il peut encore perdre sa cause contre un commerçant qui n'en produit que d'irréguliers, ou peut-être qui n'en produit pas du tout. Or, qu'est-ce qu'une loi qui ne protége pas plus ceux qui s'y conforment que ceux qui l'enfreignent? D'après l'art. 1329 du Code civil, les livres devaient faire foi entre les commerçants. Il ne restait plus aux auteurs du Code de commerce qu'à faire une classification rationnelle de ceux qu'on peut assujettir à une régularité que ne comportent pas l'ignorance et la condition des autres. Mais ils ont trouvé plus simple de copier servilement l'ordon-

nance de 1673, et, en s'écartant du principe posé par le Code civil, ils ont tout laissé dans le désordre et au hasard de l'arbitraire.

76. — Quoi qu'il en soit, tout commerçant est tenu d'avoir :

1° Un *livre-journal*, sur lequel il doit inscrire tout ce qu'il reçoit, tout ce qu'il paye (art. 8 C. comm.) ;

2° Un *livre-copie*, sur lequel sa correspondance doit être transcrite, et une *liasse* coordonnée de la correspondance qu'il reçoit (art. 8 C. comm.) ;

3° Un *livre des inventaires* (art. 9 et 439 C. comm.).

Ces livres sont les livres prescrits, *légalement* indispensables. Il en est d'autres en usage dans la pratique et *commercialement* indispensables.

Le commerçant qui tient *régulièrement* les livres qu'elle ordonne a satisfait au précepte de la loi. En quoi consiste cette régularité? Dans la conformité extérieure de ces livres à des formalités prescrites.

Or, 1° le livre-journal et le livre des inventaires doivent être, une fois par année, cotés, visés et paraphés par un juge consulaire, et, à défaut, par le maire de la localité ; 2° le journal, le livre des inventaires et le livre-copie doivent être tenus par ordre de date, sans blanc, sans lacune, sans transport à la marge.

Ces conditions de régularité ont une double sanction :

1° L'irrégularité des livres, et *à fortiori* l'absence, expose le commerçant, au cas de faillite, à la peine de la banqueroute simple (art. 586, § 6, C. comm.) ;

2° Le commerçant ne peut jamais se prévaloir en justice du témoignage de ses livres irréguliers, et l'on peut toujours s'en prévaloir contre lui (art. 13 C. comm.).

Il serait hors de notre sujet d'exposer la théorie pra-

tique de la tenue des livres, base d'une bonne comptabilité sans laquelle le commerçant est condamné à ignorer sa situation active et passive. Cette théorie est simple, fondée sur des principes certains, formant un système raisonné et sujet à contrôle. Cependant, comme on a pu le remarquer, elle est souvent ignorée des professions où elle est le plus nécessaire ou le plus utile. Le grand art de rendre la justice ne saurait y rester étranger dans un siècle tout d'industrie et de spéculation. Tant il est vrai que la science du juste et de l'injuste ne doit pas omettre des connaissances qui paraissent minimes : *Nihil est perfectum*, dit Gaïus, *quod non ex omnibus suis partibus constat.*

Quant à la foi due, en justice réglée, aux livres de commerce, c'est une question qui sera examinée en son lieu. (V. chap. 4.)

---

§ V

PRINCIPES SUR LA CONSTITUTION DES PERSONNES MORALES (SOCIÉTÉS-PERSONNES) QUI PEUVENT FAIRE LE COMMERCE.

SOMMAIRE.

77. Les personnes morales qui sont habiles à faire le commerce sont soumises aux obligations générales de la profession; elles sont même passibles de l'état de faillite.
78. Ce que l'on entend par personne morale.
79. La création d'une personne morale est une déviation de l'ordre naturel des choses.
80. Il n'appartient qu'au législateur d'autoriser la création d'une personne morale et d'en prescrire les conditions d'existence.
81. Conséquences qui résultent de ce principe fondamental.
82. Transition aux chapitres suivants.

77. — L'obligation de la patente et celle de la tenue des livres, étant inhérentes à la profession du commerçant, concernent tous ceux qui l'exercent. Or, il est des êtres fictifs, des personnes morales qui peuvent faire le commerce, et, par suite, deviennent passibles de ces obligations, et même de l'état de faillite. Nous avons principalement en vue les sociétés-personnes du commerce.

Il n'est donc pas hors de notre sujet de rechercher ce

qu'est une personne morale, comment se constitue la personnification, et de poser une règle générale dont on retrouvera plus tard les conséquences dans l'application.

78. — Par personne morale on doit entendre un être de raison, un être fictif, rendu capable de droits, d'obligations et d'actions, comme la personne réelle et physique. Par exemple, une société-personne est un être moral qui *vice personæ fungitur.*

79. — Mais, dans le droit naturel, *secundùm naturam*, tout est réalité; il n'y a ni fiction, ni personne fictive. D'où il suit que la création d'une personne morale ne peut être qu'une déviation de la nature des choses.

Cette création artificielle dépasse une opération de l'entendement humain qui abstrait ou généralise, le concours des volontés individuelles qui se lient, la science du jurisconsulte qui ne saurait créer ni un principe, ni une fiction de droit. Car elle étend à un être idéal la capacité naturelle de l'homme; elle lui confère des qualités qu'il ne possède pas en réalité; elle l'*humanise*, pour ainsi dire.

De là un nouvel ordre de choses *contrà naturam*, une dérogation aux règles ordinaires du droit, une application de principes particuliers qui, sans cela, n'existeraient pas, ou ne seraient pas applicables.

Or, tout cela ne peut être que l'œuvre de la puissance législative qui modifie ou permet de modifier, dans une certaine mesure, l'ordre naturel, et établit des règles spéciales à un ordre factice (1).

(1) Neque societas, neque collegium, neque hujusmodi corpus passim omnibus habere conceditur; nam et legibus et senatusconsultis, et principalibus constitutionibus ea res coercetur. Pau-

80. — Il n'appartient donc qu'au législateur d'autoriser la création d'une personne morale, d'en prescrire les conditions d'existence, et de la renfermer dans des limites qui préviennent tout abus.

Par exemple, une société civile ou commerciale ne peut se constituer à l'état de personne qu'en vertu de dispositions légales qui, la dotant d'une individualité propre, lui confèrent la capacité active et passive d'une personne réelle, ou qui permettent, moyennant l'accomplissement de certaines formalités, de l'organiser et de la faire fonctionner avec ce caractère.

81. — Voilà le principe fondamental en cette matière.

Il en résulte de nombreuses conséquences qui deviennent autant de principes, entre autres les propositions suivantes :

1° La création conventionnelle d'une société n'entraîne pas, par voie de conséquence forcée, son existence comme individualité collective ; en d'autres termes, la personnification d'une société n'est pas l'attribut virtuel ou nécessaire de toute constitution de société.

2° Une société-personne est et ne peut être que ce que les parties veulent qu'elle soit ; mais leur volonté ne suffit pas ; le législateur intervient et prescrit des conditions d'existence, des formes constitutives, dont l'absence affecte la convention des parties et la personnification elle-même. La société, comme contrat, cesse d'être obligatoire pour les associés, et sa constitution, comme personne morale, peut être recusée par les tiers intéressés.

cis admodùm in causis concessa sunt hujusmodi corpora : ut ecce vectigalium publicorum soclis permissum est corpus habere... (Gaius, l. 1, D., *Quod cuj. univers.*)

3° De même que le commerce constitue le commerçant, de même la commercialité des opérations constitue la société commerciale, et, par suite, est commerciale la société qui a pour objet de faire et qui fait habituellement des actes définis commerciaux.

4° C'est la société-personne qui contracte, qui oblige et s'oblige; elle a, comme l'individu commerçant, son actif, son passif, sa comptabilité, son domicile, sa juridiction et même son état de faillite, c'est-à-dire elle subit toutes les conséquences de la profession commerciale qui ne sont pas incompatibles avec sa nature fictive.

5° Comme un être moral est incapable d'agir, il faut qu'il se personnifie dans un gérant, un directeur, un administrateur, et, suivant le caractère que la volonté des parties conformément à la loi donne à la constitution de la société, tous les associés sont responsables de ses actes, ou seulement quelques-uns d'eux, ou même la société seule.

6° On n'est pas commerçant par cela seul qu'on est associé à un commerçant, ou membre d'une société commerciale.

82. — Le commerce proprement dit n'étant en général qu'un échange continuel de denrées ou de marchandises contre des valeurs mobilières, monétaires ou de crédit, acheter pour vendre, vendre pour acheter, voilà son instrument le plus actif, l'âme de ses opérations. Mais autour des achats et ventes se groupent beaucoup d'autres négociations, qui, bien qu'accessoires, n'en sont pas moins indispensables. Toutes ces conventions, quelle que soit leur dénomination, ont des caractères différents et suivent des règles propres, par cela seul qu'elles ont pour objet telle espèce d'opérations : ainsi la commission, la prépo-

sition, le courtage, la société, le change, le transport, l'affrétement, l'assurance, etc. Elles ont cependant un but commun, de faciliter, d'activer, de multiplier les opérations du commerce ; il n'en est aucune qui puisse subsister sans l'accord des volontés des parties, et, à l'exception d'un très-petit nombre, elles sont en général parfaites par le seul consentement, et assujetties aux mêmes modes de preuve.

Cette simple observation suffit pour justifier l'utilité ou plutôt la nécessité des deux chapitres suivants, le premier relatif à la manière dont les volontés se lient, le second relatif à la manière de prouver l'accord des volontés.

CHAPITRE TROISIÈME

Principes généraux sur l'intervention et la liaison des volontés dans les conventions commerciales, notamment les achats et ventes;

Effet de la convention; caractère de l'obligation, caractère de la propriété; théorie rationnelle de l'acquisition et de la transmission de la propriété.

§ I

COMMENT LES VOLONTÉS INTERVIENNENT ET SE LIENT TACITEMENT.

SOMMAIRE.

83. Définition de la convention par les jurisconsultes romains; ce qui est exigé pour sa perfection; quand elle est commerciale.
84. Toute convention commence par une proposition et s'achève par l'acceptation de cette proposition.
85. Le consentement peut être manifesté tacitement ou expressément.

83. — La convention a été définie par les jurisconsultes romains : « le consentement de deux ou plusieurs personnes sur le même objet : *Duorum vel plurium in idem placitum consensus.* »

En effet, consentir c'est vouloir. Or, on ne conçoit pas l'existence d'une volonté sans une chose présente à notre réflexion et qui en est l'objet. Il n'est donc pas de consentement, ni par suite de convention, sans un objet.

Consentir, c'est vouloir identiquement et exclusivement ce qu'un autre veut, et une volonté mentale est comme si elle n'existait pas. Donc, pas de consentement ni de convention sans la volonté réciproque et connue de l'un et de l'autre contractant.

Mais l'effet naturel de la convention est de lier les volontés, d'engager les personnes, de produire l'obligation, le *vinculum juris quo adstringimur ad dandum, faciendum, præstandum.* « Les conventions légalement formées tiennent lieu de lois à ceux qui les ont faites » (art. 1134 C. civ.). Or consentir est un acte de l'intelligence. Celui-là seul peut donc être obligé qui comprend ce qu'il a voulu, qui est capable d'obligation.

Ainsi :

Une chose, objet du consentement ;

Consentement avec capacité de s'obliger ;

Manifestation du consentement ;

C'est tout ce qu'exige la perfection d'une convention. On pourrait même dire qu'elle est parfaite par le consentement de deux volontés connues et capables de s'obliger ; car le consentement ne peut se concevoir sans un objet.



Elle n'aura toutefois le caractère commercial que si elle rentre dans l'une des catégories des actes commerciaux dont la théorie a été ci-dessus exposée. (V. chap. II, nº 35.)

Un point capital en matière d'obligations conventionnelles est de savoir comment les volontés interviennent et se lient tacitement ou expressément, et à quel moment précis le contrat devient parfait.

84. — Il n'est point de convention qui ne commence par une proposition et qui ne s'achève par l'acceptation de cette proposition. Il importe peu lequel des deux contractants aura pris l'initiative, du moins quant à la perfection de la convention.

Que l'un dise ou écrive à l'autre : *Voulez-vous me vendre tellemarchandise ?* ou bien que celui-ci lui écrive et lui dise : *Voulez-vous que je fasse pour votre compte telle opération ?* s'il y a réponse affirmative ou son équivalent sur l'une ou l'autre des deux questions, la convention est formée par le consentement mutuel sur une même chose. Sa perfection n'exige rien de plus. Dans un cas, c'est le contrat de vente ; dans le second, le contrat de commission.

85. — Mais le consentement ne saurait-il jamais être donné valablement de part ou d'autre, ou des deux parts, sans le secours de la parole ou de l'écriture ? En d'autres termes, la convention ne peut-elle pas se former tacitement ?

On ne peut concevoir l'existence d'une volonté sans une chose présente à notre réflexion, qui en soit l'objet. Mais, ce que l'on conçoit très-bien, c'est que, si cette volonté, pure opération de l'esprit, existe, son existence est indé-

pendante de l'écriture, de la parole, et même de tout autre moyen propre à sa manifestation.

Néanmoins, que sert une volonté connue exclusivement de celui qui la retient captive? Elle n'a de réalité que par rapport à lui seul. Par conséquent, eussé-je l'intention de vous vendre ma marchandise, ou de vous confier la gestion de mon affaire, en même temps que vous auriez vous-même l'intention de l'acheter ou de vous en charger, point de vente, point de commission. Il fallait de plus l'émission de la volonté de l'un de nous, avec laquelle la volonté de l'autre pût se lier. Cette liaison seule forme le consentement mutuel, et celui-ci la convention.

Mais aussi, du moment où cette réunion serait certaine, pourquoi ne pas y voir un consentement réciproque tout aussi valide que s'il eût été donné verbalement ou constaté par écrit? La raison, cette souveraine immuable de l'homme et de ses lois, n'en fait aucune différence. Autant vaudrait dire qu'une chose n'existe pas, malgré la preuve acquise de son existence.

C'est d'après ces notions d'une certitude incontestable que le droit romain, et, à son imitation, notre ancien droit, reconnaissaient la vente tacite, le mandat tacite, etc... Nous verrons, en traitant de la commission, que le mandat tacite existe, nonobstant l'art. 1372 du Code civil, dans le commerce où il est une nécessité.

Il est donc de principe, en matière de conventions, que, nécessaire mais suffisant pour la formation du contrat, le consentement peut, indifféremment, être exprès ou tacite : exprès, s'il se déclare par les moyens dont l'homme se sert pour manifester sa pensée, comme la parole, l'écriture, le geste ; tacite, selon qu'il s'infère de la nature du fait et des circonstances, des agissements des parties, quelquefois même aussi bien de l'inaction que du silence de l'une

d'elles. La vente dans certains cas, la commission surtout, en offrent des exemples variés et nombreux.

86. — Mais il est évident que, toute convention commençant par une proposition, cette proposition ne peut être l'effet ni de l'inaction, ni du silence; car, aussi longtemps que je ne dis rien, ni ne fais rien, le moyen que je sollicite quelqu'un de contracter avec moi! Au contraire, un fait qui m'est personnel peut manifester ma volonté, et l'acquiescement à cette volonté résulter du silence et de l'inaction de celui à qui je m'adresse, quand c'est à son vu et su que ce fait se passe.

Entré chez un marchand chapelier à qui je ne dis mot et qui ne me dit rien, mais qui me voit comme je le vois moi-même, je dépose sur le comptoir une somme de 12 francs dont le marchand s'empare; puis j'emporte librement le chapeau que j'avais essayé. Les volontés se sont liées, le consentement mutuel n'est pas douteux; la vente est plus que parfaite; elle est consommée. Pourquoi et comment? *Consensus non minus ex facto quàm ex verbis colligitur.* (Casareg., Disc. 184, n° 4.)

L'on voit qu'entre présents le consentement peut être tacite des deux côtés; car ce commerçant et moi nous ne nous sommes rien dit, rien écrit, et cependant nous avons valablement contracté ensemble.

Mais supposez les deux parties absentes, la proposition ne peut plus se faire qu'au moyen de paroles écrites ou de vive voix par l'entremise d'une tierce personne, *per epistolam aut nuncium.* Si celui qui reçoit cette proposition ne s'en explique pas, l'acceptation pourra, selon les circonstances, s'inférer de son silence, et le contrat sera formé par la volonté expresse de l'un, et le consentement tacite de l'autre.

Par exemple, lorsque par suite de quelques relations d'affaires entre nous, je vous informe, de Lorient, à Paris où vous résidez, que je fais des démarches dans le but d'assurer vos marchandises, ce sera encore le cas d'une convention, d'un mandat tacite, si, malgré la connaissance que vous aviez de mes agissements, vous ne m'avez pas manifesté une volonté contraire, à moins de quelque obstacle qui vous en ait empêché. Ainsi le veut l'usage, ainsi le veut l'équité ; car puisque vous n'ignorez pas l'affaire que je fais ou que je me dispose à faire pour vous, la bonne foi vous commande, si je la fais contre votre intention, de ne pas me laisser m'y engager, en vous réservant secrètement de vous l'approprier, ou de la répudier, selon qu'elle aura eu un bon ou un mauvais résultat.

De même, je vous écris : « J'ai sous les yeux le prix « courant de vos Médoc 1838. Veuillez m'en expédier dix « tonneaux bien conditionnés, par l'un des premiers na- « vires qui partiront de votre port. » Vous expédiez immédiatement. L'offre d'acheter est acceptée de fait ; le contrat est formé.

87. — Lorsque l'affaire se négocie entre absents, et que des conditions accidentelles accompagnent la proposition, c'est presque toujours une grande difficulté que de reconnaître l'acceptation tacite, parce que le plus souvent elle s'infère alors, non pas d'un fait unique et simple, mais d'une série de faits et d'incidents qui se compliquent les uns avec les autres. Quelquefois la demande ou les offres, quoique nécessairement expresses, ne laissent pas que de présenter du louche et de l'obscurité ; à plus forte raison les faits qui s'y rattachent et d'où l'on prétend inférer l'acceptation de ces offres, ou l'acquiescement à cette demande. Il n'est pas rare de voir des faits devenir l'objet

d'interprétations inconciliables, et, néanmoins, également spécieuses, selon qu'ils paraîtront plus ou moins significatifs de la volonté de leur auteur et de la conformité de cette volonté avec celle de l'autre partie. C'est dans ces cas douteux et perplexes qu'il appartient à la sagacité du juge de *dégager l'inconnue* autant qu'il sera en lui, et de décider, comme le dit Casaregis, la main sur la conscience : *Bonâ fide, habito semper intuitu ad Deum et veritatem.* On sent l'impossibilité de règles invariables à cet égard. « C'est le droit qui veut que tout ce qui ne « peut être décidé par les maximes ou la règle soit remis « à la conscience du juge, à l'arbitraire de l'homme de « bien. *Facti quidem quæstio est arbitrio judicantis* « (L. 15. D. *ad Muni.*). Ainsi, à la solution d'un litige « concourent deux puissances : le droit qui renferme la « loi et la maxime ; et, quant à l'élément ou point de fait, « la conscience de l'homme de bien... la conscience de « l'honnête homme instruit et attentif appartient à la « justice. Elle est juge-né ; c'est l'arbitre, c'est le juge, « c'est le juré (1). »

(1) *Le Droit dans ses maximes* (chap. 5, p. 57), par M. Duval.

§ II

COMMENT LES VOLONTÉS SE MANIFESTENT ET SE LIENT EXPRESSÉMENT.

SOMMAIRE.

88. Moyens de manifester la volonté; inconvénients des conventions orales.
89. Les intentions des parties sont présumées réciproquement comprises, si elles parlent le même langage et sont du même pays; du cas où elles parlent des idiomes différents.
90. Du cas où elles ne parlent pas la même langue.
91. Du cas où, adressée oralement, la demande ou l'offre est acceptée par écrit, et *vice versâ*.
92. Quant à la convention écrite, l'écriture n'entre pour rien dans sa formation; *secùs*, si les parties en ont fait dépendre la validité de sa rédaction par écrit.
93. La correspondance est, dans le commerce, le moyen le plus usité de traiter et de fixer une convention; pratique des commerçants.
94. La réunion d'une lettre missive et de sa réponse ne constitue pas ce qu'on appelle, en droit, un acte *sous seing privé*.
95. Les transactions du commerce ne sont pas, en général, soumises aux formalités de l'art. 1325 du Code civil.
96. La convention contractée par lettres n'est qu'une conven-

tion verbale; nulle différence essentielle entre des paroles écrites et des paroles prononcées.
97. Du cas où les parties auraient contracté par signes.
98. De celui où elles auraient contracté par le ministère d'un messager (*nuntius*).

88. — Le consentement tacite, comme on vient de le dire, résulte de faits, de circonstances, de l'inaction, du silence même.

Le consentement exprès se manifeste par la parole, l'écriture, les signes ou gestes les plus usités dans le commerce de la vie. Voilà les moyens que le Créateur a mis à la disposition de l'homme pour exprimer sa volonté.

Mais il est dans la nature des choses que des conventions, dont l'effet et le principal but sont de faciliter les transactions commerciales, se forment bien plus souvent par écrit que de vive voix ou par signes. D'ailleurs une convention orale a le grave inconvénient d'exposer, aux infidélités de la mémoire et aux dénégations de la mauvaise foi, des engagements dont la preuve est dispendieuse, presque toujours difficile, quelquefois impossible. Si donc l'urgence n'y fait point obstacle, et alors même que les parties sont présentes, la prudence leur conseille de constater leurs conventions au moyen de l'écriture, témoignage permanent et irrécusable de ce que l'improbité voudrait plus tard désavouer. Mais, formée oralement, la convention n'en est pas moins obligatoire. Elle l'est toujours aux yeux de l'honneur, et toujours aussi aux yeux de la loi, pourvu que les offres ou la demande et leur acceptation conforme soient ou avouées ou mises en évidence par des preuves que la loi autorise.

89. — Si les contractants sont du même pays et parlent

la même langue, la présomption est que leurs intentions respectives ont été comprises réciproquement, selon le sens que l'on attache dans leur contrée aux expressions dont ils se sont servis. Mais lorsque, étant du même pays, ils s'expriment pourtant en idiomes différents, cette différence peut répandre sur l'existence même du consentement des incertitudes dont il faudra, et cela peut-être sans succès, rechercher l'éclaircissement dans les circonstances qui ont précédé, accompagné ou suivi la convention, et dans le rapport des personnes qui ont pu en être témoins. Après cela, s'il reste encore de l'obscurité, c'est une présomption négative du contrat. Il n'en peut exister pour le juge que par l'accord indubitable des volontés.

90. — La convention peut encore intervenir oralement entre personnes ne parlant pas la même langue; alors elles sont forcées de se servir d'un truchement ou interprète, qui leur explique ce qu'elles se disent l'une à l'autre. Ce cas, rare à la vérité, mais dont on a vu des exemples, est un des plus difficiles qui puissent se présenter, surtout si l'interprète n'a pas été un courtier en titre d'office. Les livres d'un courtier tenus dans une forme régulière seraient alors, en quelque sorte, un document décisif. Au cas contraire, tout dépend des circonstances et de l'appréciation qu'en fait le juge.

91. — Enfin on conçoit que la demande et les offres peuvent être adressées oralement et acceptées par écrit, et *vice versâ*. Si celui qui a consenti oralement avoue qu'une convention a existé, ou si l'existence en est autrement prouvée, inutilement viendrait-il ensuite contester quelques-unes des conditions accidentelles. La présomption est, sauf la preuve contraire, qu'il a accédé à

toutes les conditions contenues dans l'écrit de l'autre partie.

92. — Quant à la convention écrite, l'écriture n'entre pour rien dans sa formation. Il faut en effet qu'une convention existe avant qu'il soit possible de peindre les paroles, expression des volontés qui l'ont formée ; l'écrit n'en est que la preuve. *Naturaliter*, dit Wolf, part. 3, § 846, *pactum valet antequàm in scripturam referatur; pacta enim fiunt mutuo consensu paciscentium... Quamobrem... obligatio statim id est, quàm primùm consensus iste fuit declaratus. Consequenter, non aliâ de causâ pactum in scripturam refertur, quàm ut in posterum constet de quonam fuerit conventum.* Il n'est qu'une exception à ce principe dont les conséquences peuvent être fort graves, lorsque certains droits, réclamés dans la faillite de l'un ou de l'autre contractant, dépendent de l'époque précise où leur convention fut formée ; c'est quand les contractants ont subordonné la validité de leur engagement réciproque à la formalité de l'écriture (1). Dans ce cas unique, la convention s'achève et se constate tout à la fois, soit par un acte authentique ou un écrit sous seing privé, soit par un échange de lettres missives ; et, dans cette hypothèse elle-même, ces instruments ont autant pour objet la constatation du contrat que sa formation.

(1) C'est qu'alors il a été entendu qu'il n'y aura contrat qu'autant qu'il sera écrit. L'on ne saurait admettre la constitution de Justinien qui veut que, les parties étant seulement convenues d'une vente par écrit, la vente ne soit parfaite *nisi instrumenta emptionis fuerint conscripta ;* la convention ne renferme pas ce que Justinien présume pour faire une pareille constitution. Ce n'est là qu'une conséquence de la maxime de cet empereur : *hoc est jus !* c'est-à-dire, tout ce que j'ordonne est droit. (V. Inst. lib. 3, tit. 4, *De empt.*; M. Troplong, *Cont. de vente*, art. 1532.)

93. — Entre absents, c'est par la correspondance que se traite la convention. Il est donc du plus haut intérêt de se faire des idées exactes de ce mode de transaction. C'est le moyen le plus ordinaire de fixer les engagements. Cette pratique est tellement usitée parmi les négociants, qu'ils l'observent presque toujours, même entre présents. Alors ils ne font que se redire par écrit ce qu'ils se sont antérieurement dit de vive voix, et, le plus souvent, la réponse de l'un commence par le résumé ou la répétition littérale des offres ou de la demande contenues dans la missive de l'autre. On conçoit cependant qu'ils pourraient s'écrire sans s'être antérieurement parlé; mais c'est une abstraction qui ne peut guère se réaliser que dans le cas où l'un des contractants serait sourd et muet, ou qu'ils le fussent tous deux. Les signes dont ils se seraient servis auraient alors fait l'office des paroles qu'ils ne pouvaient ni prononcer, ni entendre; et, s'ils n'avaient pas recours à ce moyen, il leur faudrait une involution plus ou moins longue de lettres échangées, avant de parvenir à la conclusion du contrat, à moins que les offres ou la demande ne fussent agréées de prime abord, sans débats sur les conditions.

94. — Lorsque quelqu'un, ayant reçu d'un absent une lettre missive qui lui porte une demande ou des offres, répond par une autre lettre qu'il accepte ces offres ou consent à cette demande, on pourrait croire, au premier aspect, et il a été même enseigné que la réunion de ces deux lettres constitue un acte sous seing privé. Chaque correspondant, dit-on, est réputé avoir souscrit la lettre corrélative à la sienne. C'est, en quelque sorte, comme une taille et son échantillon qui, adaptés l'un à l'autre, forment un tout par leur exacte conformité.

Cet aperçu est fort ingénieux ; mais *comparaison n'est pas raison.* Ce n'est là qu'une erreur.

En fait d'engagements synallagmatiques, l'acte sous seing privé ne s'entend que d'un écrit contenant dans un seul contexte toutes les conventions des contractants, ce qui est impraticable par le moyen d'une lettre et de sa réponse. Tel est l'acte sous seing privé. Le Code civil n'en reconnaît pas d'autres ; encore n'est-il valable que s'il a été fait en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct, et que chaque original mentionne le nombre des originaux qui en ont été faits. Toutefois, dans le droit civil lui-même, l'art. 1325 ne régit que les conventions parfaitement synallagmatiques.

95. — Mais, hors le très-petit nombre de cas dans lesquels la loi exige expressément certaines formalités ou formes spéciales, comme, *v. g.*, pour le contrat à la grosse (art. 311, 312 C. com.), l'art. 1325 ne s'applique point aux contrats du commerce, alors même qu'ils sont synallagmatiques parfaits. Chaque original fait pleine foi de son contenu contre la partie dont il porte la signature, sans qu'il soit besoin d'y mentionner le nombre des doubles qui en ont été dressés et signés. Le législateur a senti l'impossibilité d'assujettir les transactions rapides du commerce aux exigences, peut-être trop rigoureuses, de l'art. 1325 dont le texte, pris à la lettre, pourrait, jusqu'à un certain point, faire douter si, par exemple, le contrat de vente peut se former par lettres. Voilà pourquoi l'art. 109 de notre Code autorise, non pas seulement à prouver, mais à *constater* les achats et les ventes par la correspondance, et rien n'est plus conforme à l'esprit d'une législation qui admet généralement la preuve orale, à quelque somme ou valeur que puisse s'élever l'objet de la convention.

96. — Car, dans la vérité, les lettres missives ne sont que des paroles écrites, ou, si l'on veut, des écritures privées, mais nullement des actes sous seing privé, dans le sens que la loi attache à cette nature d'actes.

Ainsi, quoique la convention constatée par la correspondance ne soit pas une convention orale (*verbis emissa*), elle n'est pourtant qu'une convention verbale (*verbis scripta*), qui se prouve, non par des actes sous seing privé, mais par des écritures privées. Il n'existe aucune différence essentielle entre des paroles que j'écris et des paroles que je prononce. Il n'en existe également aucune entre des paroles écrites, quel que soit le mode de les écrire ou de les transmettre, lettres ou signes, poste ou télégraphe.

97. — Quant à la manière de contracter par signes, impossible de dire là-dessus quelque chose de précis. Tout dépend alors des circonstances et des témoignages. S'il en résulte que le consentement réciproque n'est pas douteux sur une chose déterminée, le contrat se sera formé de cette manière tout aussi bien que s'il l'eût été par écrit ou oralement. On conçoit qu'au moyen d'un signe de la tête ou d'un geste de la main, nous pouvons accepter une proposition qui nous est faite soit par les mêmes procédés, soit oralement, ou par un écrit que nous venons de lire en présence de celui qui nous l'a remis. Le cas le plus fréquent d'une convention, *v. g.*, d'un mandat par signes ou gestes, c'est quand deux navires passent, en pleine mer, à une certaine distance l'un de l'autre.

98. — Enfin, la convention peut encore se former expressément par le ministère d'un messager (*nuntius*), chargé par nous de porter de vive voix à quelqu'un des of-

fres ou une demande que nous adressons à ce dernier. Si la réponse est faite par écrit, il ne restera plus qu'à juger de sa conformité avec la demande ou les offres. Le messager n'a-t-il reçu qu'une réponse orale, elle est réputée faite directement à celui qui a offert ou proposé, parce que ce messager était un mandataire qui le représentait. Le cas serait donc le même que si les parties eussent oralement contracté en personne.

---

§ III

DU MOMENT PRÉCIS OÙ LA CONVENTION SE TROUVE FORMÉE PAR LETTRES-MISSIVES.

SOMMAIRE.

99. Motifs pour lesquels il importe de bien connaître le moment précis où le contrat se forme; quel est ce moment.

100. Tant que le contrat n'est pas formé, chaque partie est libre de se rétracter; tel est le principe, facile à comprendre, mais d'une application difficile.

101. Avant l'invention de l'écriture, les conventions ne pouvaient se former que par signes ou par paroles; idée que se faisait un sauvage d'une lettre qui avait servi à dévoiler son larcin.

102. Ce qu'est une lettre missive; la fonction qu'elle remplit; quand le contrat est formé.

103. Résumé : pour parfaire la convention, il faut que les volontés se connaissent mutuellement, et que chaque volonté ait persévéré jusqu'au moment de leur concours.

104. Conséquence : l'auteur d'une proposition peut la révoquer tant qu'elle n'est pas acceptée ou qu'il n'en a pas connu l'acceptation; l'auteur d'une acceptation peut la rétracter aussi longtemps qu'elle est restée inconnue à l'auteur de la proposition.

105. Comment on a essayé de combattre ces principes; réfuta-

99. — Ce qui fait qu'il importe de connaître ce moment, c'est que, d'une part, en cas de faillite de l'un des contractants, tout reste immuablement fixé en l'état à partir du jugement déclaratif, et que, d'une autre part, chacun est maître de retirer sa proposition, sa demande ou ses offres, aussi longtemps qu'un autre n'a pas acquis le droit d'en exiger l'exécution en justice. Or ce droit commence au moment même où le contrat est devenu parfait.

La correspondance étant, dans le commerce, le moyen usuel de traiter une affaire entre absents, c'est principalement sous ce point de vue que doit être examinée la question de savoir quand un engagement synallagmatique reçoit sa perfection. Les auteurs qui ont écrit sur le droit

naturel reconnaissent à l'unanimité qu'une proposition ou des offres pouvaient toujours être révoquées avant leur acceptation. Mais quand cette acceptation donne-t-elle l'existence au contrat? Est-ce à l'instant même où elle intervient? N'est-ce pas au moment où elle est connue de celui qui fait la proposition ou les offres? Voilà sur quoi on ne s'accordait pas, et ce n'est qu'après de longues controverses que le second système a prévalu.

« C'est au moment même où l'auteur de la proposition « ou des offres acquiert la connaissance de cette accepta- « tion, dit M. Toullier, t. 6, n° 29, que les deux volontés « concourent. Elles n'auraient pu concourir, s'il avait « révoqué avant cette connaissance. Une volonté qui n'est « pas connue est, en jurisprudence, comme si elle n'exis- « tait pas.

« J'écris, poursuit l'auteur, à un négociant, le 1er jan- « vier, pour lui demander un parti de marchandises, à tel « prix. Le 5, il me répond qu'il accepte ma proposition, « et qu'il m'expédiera les marchandises. Sa réponse arrive « à Rennes le 8 ; mais, le 7, j'avais écrit pour révoquer « ma demande. L'acceptation m'étant alors inconnue, la « révocation est-elle valide? Elle l'est sans doute dans la « rigueur des principes, etc... »

100. — En effet, aussi longtemps que le contrat n'est pas formé, chaque partie reste maîtresse de rétracter arbitrairement sa demande ou ses offres; mais cette liberté s'évanouit au moment même où la convention devient parfaite : *Contractus sunt ab initio voluntatis, ex post facto necessitatis* (L. 5, C. *de Obl. et act.*). Le lien de droit existe et ne peut être rompu que par un nouveau concours des volontés dont il émane. Voilà le principe. L'intelligence en est facile ; c'est dans l'application que les

difficultés surviennent. Or la solution rationnelle de ces difficultés est impossible à qui n'a pas une notion juste et nette de l'effet merveilleux des lettres ; sans cela nul ne saurait s'expliquer comment ni pourquoi, au moyen de l'échange qui se fait entre deux absents, leur convention se forme aussi parfaitement que s'ils contractaient de vive voix, en présence l'un de l'autre.

101. — En remontant par la pensée aux siècles antérieurs à l'invention de l'écriture,

> Cet art ingénieux
> De peindre la parole et de parler aux yeux,

on ne conçoit pas que les conventions pussent se former entre les hommes autrement que par un échange de signes ou de paroles.

Par quel prestige ce qui, dans ces temps d'une date inconnue, ne pouvait se faire qu'entre personnes présentes, s'est-il fait plus tard, se fait-il aujourd'hui avec tant de promptitude et de facilité, malgré l'éloignement des lieux et l'absence des contractants ?

Un riche marchand de Candahar, possesseur d'un figuier magnifique, en voulut faire goûter la primeur à un de ses voisins de campagne. Il arrangea donc un panier de six douzaines de belles figues, dont il fait porteur un jeune sauvage acheté quelques jours auparavant. Il lui remet, en outre, une lettre indicative du nombre des figues, par laquelle il s'excusait auprès de son ami de ne pouvoir, pour le moment, lui en offrir davantage. Mais chemin faisant, commissionnaire infidèle, l'esclave en mange une douzaine, puis s'en va lestement s'acquitter du message. Le destinataire lit la lettre, compte le fruit, et répond à son ami pour le remercier de sa politesse,

tout en le plaisantant sur son arithmétique. Le marchand de Canhadar, comprenant sans peine d'où venait la soustraction, en fait assez rudement châtier l'auteur qui, certain que nul ne l'a vu en délit, protestait de son innocence jusque sous le fouet correctionnel. Peu de temps après les deux amis se rencontrent, rient beaucoup de l'aventure, et arrêtent de mettre le gourmand à une nouvelle épreuve. On convient du nombre des figues; huit douzaines bien comptées. — Cependant, lors du premier message, l'œil et le courroux du maître s'étaient enflammés au premier aspect du papier dénonciateur. L'esclave l'avait remarqué; il y avait réfléchi, et, bien qu'il ne pût trouver le mot de l'énigme, c'en fut assez; — instinctivement les lettres lui devinrent suspectes. Pour plus de sûreté, il imagina donc, à ce second voyage, d'enterrer la facture avant de récidiver. Précaution inutile et nouveau châtiment, le compte des figues était connu d'avance.

Que s'était-il passé dans l'esprit du sauvage? Evidemment il avait soupçonné que, témoin du premier larcin, la seconde lettre en avait parlé. Voilà pourquoi la seconde enfouie. Avait-il tort? Certainement, non; le malheureux devinait juste.

102. — En effet, qu'est-ce qu'une lettre? Rien autre chose qu'une série de paroles fixées sur le papier et adressées à un absent, dans le but de porter à sa connaissance des expressions que l'on prononcerait devant lui s'il était présent, et de lui faire ainsi comprendre, par l'organe de la vue, ce que son éloignement ne permet pas de lui faire concevoir par le sens de l'ouie.

En sorte qu'à l'instant où il lit la lettre, il s'établit véritablement un dialogue entre lui et la personne qui la lui a écrite. C'est ce qu'exprime très-bien Barthole sur la

loi 4 *de donation. Epistola absenti, idem est quod sermo præsentibus; et qui mittit alteri litteras, intelligitur præsens præsenti loqui.*

Aussi, quand un contrat se forme par la correspondance, les lettres ne sont-elles qu'un moyen dont les parties ont usé pour se faire connaître leur consentement réciproque sur la chose qui, avant le concours des deux volontés (*in idem placitum consensus*), n'était qu'un simple projet; mais, quoique ces lettres aient été les moyens de la convention, ce n'est pas entre elles que le contrat est intervenu, mais entre les personnes qui les ont écrites. C'est ce qui fait dire à Cujas : *Epistola non contrahit, sed nuntiat dominum contrahere.*

D'après ces notions rigoureusement exactes, on voit nettement la fonction qu'a remplie chacune des missives. Les lettres par lesquelles vous me proposez une vente, un achat, une commission, ne sont en réalité que des *procureurs muets*, que nous nous sommes envoyés l'un à l'autre, vous, pour porter à ma connaissance votre demande, moi, pour vous faire connaître mon assentiment à cette demande.

Si quelqu'un, par mon ordre, était allé vous dire et vous eût dit oralement que j'accédais à votre demande, ce mandataire parlant n'aurait rien fait de plus, rien de moins que ma lettre, et réciproquement pour ce qui est de la vôtre. Toute la différence, c'est que mon envoyé aurait parlé à vos oreilles, tandis que mon procureur muet a parlé à vos yeux. Mais qu'importe, puisque nous nous sommes compris et engagés.

Or, il est des premiers principes qu'on est libre de révoquer un mandataire aussi longtemps qu'il n'a pas rempli son mandat. Si donc mon envoyé s'est mis en route, je puis le contremander; je le puis même, fût-il rendu chez

vous, pourvu qu'il ne vous ait pas déjà annoncé mon acceptation ; et, par conséquent, révoquer ma lettre, tant que cet agent muet n'a pas rempli sa mission, en mettant sous vos yeux les paroles dont je l'avais chargé pour vous, et dès lors point de contrat.

Mais pourquoi point de contrat ? c'est que, pour l'opérer, il ne suffit pas que j'aie manifesté une volonté conforme à la vôtre ; il faut de plus que je puisse être censé y persister au moment même où elle vous devient connue, soit par les paroles de mon envoyé, soit par le langage muet de ma lettre. Jusque-là nous n'avons pas été, même symboliquement, en présence; je ne vous ai point parlé : *Non præsens præsenti locutus sum.* Les paroles dites à mon envoyé et celles consignées dans ma lettre n'étant point parvenues jusqu'à vous, sont tout aussi inefficaces, tout aussi révocables qu'elles le seraient si je les avais prononcées en votre présence, en vous les adressant, et que vous eussiez été, par une cause physique, hors d'état de les entendre. M. Merlin, dans un savant plaidoyer dont nous ne faisons ici qu'une courte analyse adaptée à à notre sujet, rend cela sensible par deux suppositions fort ingénieuses.

Je me trouve, dit-il, en présence d'un sourd qui me dit : *Voulez-vous m'acheter cette chose, moyennant tel prix ?* Je lui réponds : *Je le veux bien.* Mais il ne m'entend pas; il me déclare ne pas m'avoir entendu, et me prie de lui mettre par écrit la réponse qu'il juge, d'après le mouvement de mes lèvres, lui avoir été faite par moi. Alors je prends la plume, et je lui trace ces mots : *Je vous ai dit que je le voulais bien;* mais, toutes réflexions faites, votre proposition ne me convient pas.

Cet homme pourrait-il prétendre que, par la réponse que je conviens lui avoir faite de vive voix, je me suis irré-

vocablement lié envers lui? non, certainement, et s'il me poursuit, le juge le déboutera sans hésiter.

Cependant mes paroles ont été adressées et de vive voix et par écrit à l'auteur même de la proposition qui m'était faite. Pourquoi donc n'y a-t-il pas de contrat? c'est que les paroles que ma bouche a prononcées ne sont point parvenues à leur adresse, c'est-à-dire, à l'intelligence du sourd qui n'a pu les entendre; et qu'au moment où je les ai tracées par écrit, telles qu'il les a lues, je n'étais plus animé de la même intention qu'en les prononçant. Or, dans l'un et l'autre cas, toute convention est également impossible.

Cette persévérance dans la volonté primitive est tellement essentielle à la perfection du contrat, que, pour empêcher qu'il ne se forme, il n'est pas toujours besoin d'une révocation expresse et connue. Un changement d'état peut produire le même effet. Si, ayant écrit à Jacques que j'accepte ses dix tonneaux *Château-Margaux* au prix de 30,000 fr. qu'il en demandait, je décède avant que ma lettre lui soit parvenue, la négociation est imparfaite. La raison qu'en donnent les auteurs, c'est que je ne suis plus dans un état à pouvoir être censé *parler au moyen de ma lettre* à la personne à qui cette lettre est adressée, ni à pouvoir être réputée persister dans la volonté qui me l'avait dictée.

Cependant il n'est pas certain que, si j'avais vécu, je n'eusse point persévéré jusqu'au bout dans ma volonté que vous n'avez connue qu'après ma mort. Mais il suffit de la possibilité contraire; à plus forte raison, d'une révocation expresse et consommée.

103. — Ainsi trois principes restent constants; pour la perfection d'une convention synallagmatique, il faut:

1° Que les volontés se connaissent mutuellement;

2° Que chaque volonté ait persévéré jusqu'au moment de leur concours.

104. — D'où il suit :

3° Que l'auteur d'une proposition peut la révoquer tant qu'elle n'est pas acceptée, ou même qu'il n'en a pas connu l'acceptation; et que l'auteur d'une acceptation peut la rétracter aussi longtemps qu'elle est restée inconnue à l'auteur de la proposition. Car ils ne se sont pas trouvés en présence l'un de l'autre par leurs *procureurs muets* (leurs lettres) pour le fait de la convention; ils ne se sont pas parlé; ils ne se sont pas compris. Dès lors le concours simultané de leurs volontés, nécessaire pour la perfection du contrat, n'a pu exister.

105. — On a essayé de combattre ces principes. Celui, a-t-on dit, qui contracte par lettre, est censé s'obliger, et a réellement la volonté de s'obliger au moment où il écrit; le contrat est donc parfait de son côté à l'instant où sa lettre est sortie de ses mains. A cette objection, M. Merlin (*loc. cit.*) oppose cette réponse de Straccha, dans son traité *de adjecto* : « Quoique celui qui écrit une lettre obligatoire « consente véritablement *à l'instant où il la fait partir*, « son consentement ne le lie que parce qu'il y persiste *jus-« qu'au moment où sa lettre parvient* à son adresse; et c'est « par cette raison, continue-t-il, que, si la mort vient à « vous frapper avant qne la lettre par laquelle vous vous « obligez envers moi me soit remise, votre obligation « tombe, et je ne peux m'en prévaloir contre vos héri-« tiers. »

Se fondant sur ce principe, M. Pardessus (t. 1, n° 250, 4ᵉ édit.) reconnaît que, lorsqu'il s'agit de certains contrats

consensuels, l'auteur de la proposition peut la rétracter, tant que celui auquel elle est faite n'a pas reçu la lettre qui la contient et répondu qu'il l'acceptait.

« Mais, d'un autre côté, dit-il, il n'est pas nécessaire « que la réponse portant acceptation ait été reçue par l'au- « teur de la proposition; car, dès là qu'à une interroga- « tion claire et précise il a été fait une réponse qui ne laisse « point d'incertitude sur l'objet et les conditions essen- « tielles de la convention, l'engagement existe... La lettre « dont s'est dessaisi celui qui l'a écrite, en la remettant « soit au préposé de la personne à qui il répond, soit à la « poste, n'est plus à son auteur; elle appartient à celui à « qui elle est adressée. »

Il résulterait d'une telle doctrine que, dès l'instant où j'ai mis à la poste la lettre par laquelle je vous annonce que j'accepte votre commande, ou votre proposition, je suis lié.

Cette erreur, condamnée d'avance par les principes que nous avons exposés, provient d'une fausse conséquence déduite de deux lois romaines (1) qui déclarent que *la lettre adressée à une personne n'appartient plus à celui qui l'a écrite, du moment qu'il s'en est dessaisi, en la livrant à l'individu que la personne à qui elle est écrite a chargé de la recevoir et de la lui apporter.*

Sans doute, dans l'espèce de ces deux lois, la lettre appartient irrévocablement au destinataire; car, s'il ne l'a pas reçue en personne, il l'a reçue par son préposé qui avait le mandat spécial de la prendre et de la lui apporter, et dès lors il en a virtuellement la propriété. Cela est si vrai que le préposé, une fois saisi de la lettre, ne pouvait,

(1) Labeo, L. 65, D. *de acq. rer. dom.*; Ulp. L. 14, § 17 D. *de furtis.*

sans violer son mandat, la rendre en d'autres mains que celles de son mandant.

Mais vous aurez beau dire que ma lettre vous appartient, ma volonté n'en sera pas moins révocable, tant que les paroles qui l'expriment ne seront point parvenues à votre connaissance. C'est précisément cette objection que M. Merlin avait à combattre, et voici ce qu'il répondit :

« Que vous soyez propriétaire du matériel de ma lettre, « du moment que je l'ai remise soit à votre commissionnaire, soit à un messager public (la poste), qui est le « commissionnaire de tout le monde, à la bonne heure ; « mais cela n'ôte pas à une lettre le caractère de *procureur* « *muet ;* cela ne m'empêche conséquemment pas de la ré- « voquer avant que vous l'ayez reçue. »

« Il est certain, poursuit-il, que les paroles adressées à « une personne présente ne peuvent obliger celui qui les « a proférées, qu'autant que la personne à qui elles sont « adressées les a entendues avant qu'elles eussent été ré- « tractées. »

« Or, une lettre missive n'étant qu'une série de paroles « écrites à l'adresse d'un absent, cette lettre ne peut obli- « ger son auteur qu'autant que l'absent *la reçoit et la lit*, « les choses étant encore entières. Peu importe donc à qui « la propriété de la lettre. »

Pour mettre cette vérité en évidence, M. Merlin établit une seconde comparaison non moins ingénieuse que la première.

« Un homme a dans son cabinet une voûte acoustique, « organisée de manière que, d'après les sinuosités diverses « et extrêmement multipliées des tuyaux qui la compo- « sent, les paroles transmises par l'une des extrémités « n'arrivent à l'autre que dans un espace de cinq minutes. « Je me trouve en présence de cet homme dans son cabi-

« net même. Là, après m'avoir dit : Voulez-vous m'ache-
« ter telle chose moyennant telle somme? Il ajoute : *Ré-
« pondez-moi par ma voûte acoustique.* Là-dessus nous
« nous plaçons, moi, à l'une des extrémités de la voûte,
« lui à l'autre, et je lui dis par ce porte-voix : *Je le veux
« bien.* Mais une minute après, je change de résolution,
« je cours à lui, et, avant qu'il ait pu entendre ma ré-
« ponse, je lui dis : *Je ne le veux pas.* Pourrait-il, après
« avoir entendu la réponse que je lui ai d'abord faite par
« la voûte acoustique, prétendre que cette réponse, lui
« ayant été transmise par *des tuyaux dont il est proprié-
« taire,* et étant par conséquent *devenue sa propriété* à
« l'instant même où elle est sortie de ma bouche, je n'ai
« pu la rétracter avant qu'elle eût frappé son oreille?
« Non, évidemment non, cent fois non. »

Les tuyaux supposés transmettent des paroles prononcées ; la lettre est le véhicule des paroles écrites; la parité est, on le voit, frappante d'exactitude.

Néanmoins on a traité cette hypothèse d'une voûte acoustique de combinaison bizarre. Or, voici que la science a réalisé un phénomène analogue. Ce ne sont pas des paroles, des sons articulés, qui se transmettent à l'aide de tuyaux; ce sont des paroles écrites, ou les signes qui les représentent, qui voyagent sur les fils télégraphiques avec une effrayante rapidité. Peut-être même un jour, en quelques secondes, à 200 lieues de distance, le *fac-simile* de votre lettre sera-t-il reproduit avec une identité parfaite, et ce procédé, perfectionnement de la télégraphie, deviendra-t-il vulgaire. Quoi qu'il en soit, la correspondance télégraphique est devenue un moyen de faire connaître et de transmettre des volontés, un moyen de former et de fixer des conventions. Or, il n'existe aucune différence essentielle entre un télégramme et une missive; l'un, comme

l'autre, est donc régi par les principes que nous avons exposés.

Sous un autre rapport, est-il certain qu'une lettre mise à la poste appartiennent dès ce moment à son destinataire? M. Pardessus le dit, M. Merlin semble le concéder. Examinons.

106. — La poste est, dit-on, *le messager public, le commissionnaire de tout le monde*; d'où l'on induit que si je lui ai confié une lettre pour vous, je suis censé l'avoir remise à vous-même, dans la personne de votre préposé. Mais n'y a-t-il pas une grande différence entre ce préposé et celui dont parle la loi romaine, qui était spécialement chargé par son maître de prendre la lettre et de la lui apporter ? Un tel messager, si vous me l'envoyez, ne sera pas le mien; il sera exclusivement le vôtre, car en lui remettant ma lettre, je suis censé l'avoir remise à vous-même, et il n'existe de mandat qu'entre vous et lui.

Mais si, au lieu de donner la lettre à votre envoyé, je l'avais remise à un envoyé de mon choix, personne ne voudrait prétendre que je ne serais pas en droit de la lui retirer.

Il en serait de même si je l'avais confiée à un domestique qui nous fût commun, car c'est directement de moi que ce domestique tiendrait son mandat spécial, qu'il ne peut remplir contre ma volonté. Et puisque la poste est le commissionnaire de tout le monde, il est autant le mien que le vôtre.

Aussi l'administration ne refuse-t-elle jamais de rendre une lettre réclamée avant le départ, moyennant certaines formalités qui ont toutes pour objet de s'assurer que le réclamant est identiquement celui qui a signé la lettre; ce qu'elle ne ferait certainement pas, si la lettre était la

propriété du destinataire dès le moment du dépôt. (Art. 239 de l'Instruction générale sur le service des postes, 2 mars 1832.)

Après tout, comme on l'a déjà vu, peu importe à qui la propriété d'une lettre portant des offres ou une acceptation. Cette lettre est toujours révocable, tant que celui à qui elle est adressée ne l'a pas *reçue et lue*.

107. — Du principe qui exige que les volontés se connaissent mutuellement pour la perfection d'un contrat synallagmatique, il s'ensuit que la réciprocité de révoquer ou de rétracter existe chaque fois que, de part et d'autre, il y a une obligation principale, comme dans le contrat de vente.

Si vous m'avez offert, par une lettre, la vente d'un navire, il est certain que vous pouvez retirer votre offre tant que je ne l'ai pas acceptée, même tant que mon acceptation ne vous est pas connue ; et je puis, à mon tour, rétracter mon acceptation aussi longtemps que vous ne la connaissez pas ; car le consentement de celui qui accepte des offres n'est pas d'une nature autre que le consentement de celui qui les fait. L'un et l'autre consentement sont également nécessaires à la perfection du contrat. Or, puisque mon acceptation ne vous liera envers moi que quand vous l'aurez connue, et que, jusqu'à ce moment, vous êtes libre de retirer votre offre, il est conséquent et de toute justice que, jusqu'au même moment, je ne sois pas lié envers vous, que je sois libre de rétracter mon acceptation.

Mais, de ce qu'il est nécessaire que mon acceptation vous soit connue pour rendre le contrat irrévocable, il ne s'ensuit pas que, pour l'empêcher de se former, il soit pareillement nécessaire que j'aie connu la rétractation de vos offres avant de les accepter. Il suffit qu'en fait cette rétrac-

tation ait préexisté à mon acceptation parvenue à votre connaissance; car, ainsi qu'on l'a vu n° 103, le contrat ne se forme que parce que les deux contractants ont persisté, ou sont réputés avoir persisté jusqu'au bout dans leurs volontés respectives précédemment exprimées. Or cette présomption, qui subsiste tant qu'il ne paraît pas que l'une au moins des parties a changé de volonté, s'évanouit devant la preuve qu'elle n'y a pas persévéré.

Le 15 août, je vous écris de Laval à Brest: « Venant « d'apprendre que vous avez acheté une grande partie des « sucres arrivés de Saint-Domingue par *le Nestor*, je vous « prie de m'en expédier du terré 6,000 kilog., si vous « pouvez toutefois me les faire à 1 fr. 50 c. » Le 17, vous me répondez que vous agréez ma proposition, et votre lettre m'arrive le 19. Mais la veille, 18, je vous avais contremandé mon ordre, c'est-à-dire, dans un temps où j'ignorais votre acceptation. Dans cette espèce, aucun contrat ne s'est formé, par la raison évidente que je n'ai pas persisté dans ma première volonté jusqu'au moment où il aurait pu recevoir sa perfection. Mais l'engagement se fût formé irrévocablement, si je n'eusse contremandé que le 19, parce que de ce jour je connaissais votre acceptation, ou, en tout cas, j'étais réputé en avoir une connaissance qui mettait le dernier sceau à la perfection du contrat. Il y aurait eu obligation principale *utrinquè*, et celui de nous qui n'eût pas exécuté le contrat aurait dû à l'autre des dommages-intérêts.

M. Toullier (t. 6, n° 29), examinant une espèce à peu près semblable, dont nous avons parlé n° 99, décide aussi que, *dans la rigueur* des *principes*, la rétractation est valide, puisqu'elle a eu lieu dès avant la connaissance acquise d'une proposition faite.

Mais il ajoute: « Cependant, ne peut-on pas dire qu'en

« faisant une offre, par lettre, on s'oblige tacitement de « ne pas la révoquer avant le retour du courrier, ou avant « le temps nécessaire pour recevoir la réponse? Cette dé- « cision est plus conforme à l'équité, et c'est aussi celle « qu'adopte le Code prussien, 1re part., tit. 5, n° 96. »

Cette opinion, que M. Pardessus avait émise dans ses premières éditions, mais qu'il n'a pas reproduite dans les subséquentes, est une erreur inadmissible.

En effet, lorsque je commande à un négociant telles ou telles marchandises, c'est, sans doute, parce que je juge de mon intérêt de me les procurer. Mais lorsqu'avant d'avoir connu son acceptation, je calcule qu'il n'est plus de mon intérêt de les acheter, *v. g.*, parce que le ministre de la guerre vient de rompre un marché d'urgence que j'avais fait avec le gouverneur de l'Algérie, si je retire ma demande, en quoi puis-je blesser l'équité? Vouloir que j'attende en silence une réponse qui me ruine, et que je me résigne aux coups de la fortune quand je puis les détourner, voilà où serait l'injustice. Cependant, comme tout fait nuisible ne doit nuire qu'à son auteur (art. 1382 C. civ.), si le correspondant prouve avoir refusé sa marchandise à un prix plus élevé que le mien, dans l'intervalle de ma commande acceptée au jour de ma rétractation, je dois l'indemniser de la différence, en tous cas, des frais que lui auraient coûtés les préparatifs de l'envoi que j'avais sollicité.

S'agit-il d'une commission proprement dite, l'équité, s'il est possible, parlerait encore plus haut en ma faveur; car s'il a déjà exécuté le mandat quand ma rétractation lui arrive, il est évident qu'elle ne lui cause aucun dommage; s'il n'a fait que commencer ses agissements, *v. g.*, en achetant une partie des marchandises, je puis révoquer le mandat (art. 2004 C. civ.). Mais je dois le

prix de ce qui est acheté, outre un droit proportionnel ou un demi-droit de commission, selon l'usage de la place ; et, dans ce cas, point encore de préjudice pour lui. Il n'est donc jamais possible qu'il perde ; seulement pourra-t-il ne pas faire tous les profits qu'il avait espérés; or, l'équité n'exige certainement pas que je sois ruiné pour qu'il les réalise. Il est donc très-juste que je puisse librement changer de volonté avant comme après la formation du contrat, sans être tenu d'aucuns dommages-intérêts.

108. — Mais si la demande et les offres peuvent être impunément rétractées tant que l'acceptation en est inconnue, l'acceptation des offres et l'assentiment à la demande sont très-valides, aussi longtemps qu'elles ne sont pas retirées. La raison en est, comme on l'a déjà dit, que la volonté de celui qui a fait la demande ou les offres est réputée la même jusqu'à manifestation d'une volonté contraire. Le principe est certain et son application facile, quand la négociation s'est rompue ou consommée dans un temps voisin de celui où elle avait commencé. Mais il n'en est pas toujours ainsi lorsqu'il s'est écoulé un certain délai entre la demande et son agrément, ou entre les offres et leur acceptation.

Voici une hypothèse qui pourra servir de guide dans les cas qui offriraient avec elle plus ou moins d'analogie.

Pierre, négociant de Nantes, donne par lettre à Bernard, négociant de Libourne, la commande de dix tonnaux de vin, de telle qualité, à 600 fr. le tonneau, à expédier par le premier navire partant de Bordeaux pour Nantes. Six mois s'écoulent et plusieurs navires partent sans que Pierre reçoive aucune nouvelle de Bernard. Après ce temps, lettre du 4 juin, par laquelle la maison

de Libourne, en s'excusant de n'avoir pas fait la commande, annonce qu'elle va s'en occuper. Un mois après, autre lettre annonçant l'embarquement des marchandises et le départ du navire. Pierre, qui avait gardé le silence sur la première lettre de Bernard, répond à la seconde qu'il n'acceptera pas l'envoi. Le navire fait naufrage, les vins sont perdus ; qui doit en supporter la perte ?

D'après le principe général, précédemment exposé, qu'une volonté est réputée subsister et être restée la même tant qu'on n'en a pas fait connaître le changement, la commande des vins, n'ayant point été retirée, demeurait toujours susceptible d'une acceptation.

Inutilement Pierre dirait-il que sa commande n'a pas été acceptée avec la condition d'expédier les vins par le *premier navire*. Cette défense serait péremptoire s'il eût, en temps convenable, répondu à la lettre du 4 juin, que la commande n'ayant point été remplie dans le délai marqué, il n'entendait plus en consentir l'exécution ; mais cette lettre du 4 juin, qui acceptait la commande, contenait implicitement l'évidente proposition de déroger à ce délai. Or, d'après l'usage du commerce, Pierre, en ne répondant pas, est censé avoir approuvé la modification dérogatoire sous laquelle sa commande avait été acceptée. Le contrat est donc parfait.

En outre, ce que l'usage décide, l'équité le confirme ; car si la coutume commerciale ne venait ici au secours de Bernard, voici la position critique où le mettait le silence de Pierre : ne pas expédier les vins après la lettre du 4 juin qui acceptait la commande, c'était s'exposer à un procès ; les expédier, courir le risque de voir refuser l'envoi ; tandis que, dans cet état d'incertitude et gardant le *voir-venir*, Pierre eût pu tranquillement attendre l'issue de la navigation, accepter les vins, s'ils arrivaient à bon

port, et les laisser pour compte en cas de sinistre ou d'avaries. Or, si quelque chose répugne à l'équité naturelle, c'est le succès possible d'une telle combinaison.

109. — Enfin la convention peut encore se former d'une autre manière. Par exemple, si deux lettres se croisent en route, il peut se faire que les correspondants ne soient pas rigoureusement d'accord sur toutes les conditions proposées de part et d'autre, et que pourtant le contrat n'en reçoive pas moins sa perfection.

Le 1er janvier, je vous écris de Rennes à Bordeaux de m'expédier quinze tonneaux de vin de telle année, de telle qualité, au prix de 600 fr. l'un. J'ajoute que, tenu de les livrer à l'hôpital militaire sous un délai déterminé, je ne saurais les recevoir trop tôt, et que je ne fais ma commande qu'à condition qu'ils partent, au plus tard. dans la première quinzaine de février.

De votre côté, le même jour (le 1er janvier), ignorant ce que je vous ai écrit, mais me sachant chargé de fournir périodiquement des vins aux hôpitaux militaires, vous m'écrivez une lettre par laquelle vous offrez de me procurer quinze tonneaux de vin de la même année et de la même qualité, au prix de 550 fr. le tonneau, ajoutant que je puis être sûr de leur départ fin de janvier, sinon plus tôt. Chacun de nous reçoit la lettre de l'autre le 5 janvier.

Au reçu de la mienne, vous me cotez les vins à 600 fr. le tonneau; ils partent; le navire est pris par l'ennemi. A qui la perte? C'est, en d'autres termes, demander si le contrat était formé.

Or, le contrat était parfait; nos deux lettres en sont la preuve. Inutilement dirai-je que nous n'étions d'accord ni sur le prix des vins, ni sur l'époque de leur départ.

Cela est vrai, *strictis verbis;* mais il est évident aussi qu'en vous offrant 600 fr. du tonneau, j'ai, à plus forte raison, consenti à le payer 550 fr., et qu'en vous prescrivant d'expédier les vins dans la première quinzaine de février, j'ai consenti à ce que vous les fissiez partir plus tôt. Il y a donc eu concours de nos volontés sur la chose, sur le prix et sur la condition. Le dissentiment n'existe qu'en apparence, et c'est pour moi que les vins ont péri.

Mais, de votre côté, si vous me cotez les vins à 600 fr., au lieu de 550, prix auquel vous me les avez proposés, c'est à votre compte que devra rester la différence. Vainement alléguerez-vous que mes ordres autorisaient à acheter à 600 fr., et qu'en me proposant les vins à 550 fr., vous me les proposiez, à plus forte raison, à 600 fr.; car, si vous acceptiez ma proposition, il est clair que j'acceptais aussi la vôtre. Or, dans le concours des deux prix, c'est toujours pour le moins fort que le juge se décide : *In stipulationibus id servatur, ut quod minùs esset, videretur in obligationibus deductum* (L. 12, 109. D., *de verb. obl.*).

Dans cette espèce, encore harmonie parfaite entre le droit et l'équité.

En effet, vous n'avez pu douter qu'à la lecture de votre lettre ma volonté ne changeât pour s'accorder avec la vôtre, parce qu'entre deux prix, jamais acheteur n'opta que pour le moindre. Nos lettres s'étant croisées, la mienne n'était donc plus que l'acceptation de vos offres la plus conforme à mes intérêts; or, puisque c'est elle qui perfectionnait le contrat, vous deviez me coter les vins non pas à 600 fr., comme je vous l'avais proposé, mais à 550 fr., comme vous me l'aviez offert.

110. — Quand nous disons qu'un contrat de vente ou

de commission peut se former par la correspondance, nous l'entendons exclusivement de la correspondance entre les contractants eux-mêmes ou ceux qui les représentent, et non de ce qu'ils auraient écrit à d'autres personnes, relativement au contrat qui se négociait ou avait pu être conclu entre eux. Si j'écris à Salomon avoir acheté les indigos de Pierre, en telle quantité et à tel prix, ma lettre ne formera aucun contrat entre Pierre et moi. De même, si j'écris à Jacques vous avoir commis l'assurance de mon brick *le Trident*, à telle prime et aux conditions usitées sur la place, l'eussiez-vous fait assurer sur la foi de ma lettre que Jacques vous a communiquée, cette lettre est impuissante à former entre vous et moi aucun contrat de commission. Toutefois, bien qu'on ne puisse pas dire qu'elle soit un agent intermédiaire, un moyen par lequel un contrat s'est formé entre nous, il n'est pas moins vrai qu'elle en contient de ma part l'aveu non équivoque, et si, malgré tout, je dénie la commission, serez-vous recevable à produire ma lettre devant le juge? Devra-t-il y avoir égard? Le pourra-t il? C'est une question qui sera examinée au chapitre *de la preuve.*

111. — Qu'un contrat ne soit parfait que lorsque les volontés des deux contractants se sont réciproquement connues et comprises, et que, dès ce moment, il soit irrévocable de part et d'autre, c'est ce qui résulte de la nature de la convention synallagmatique parfaite où les parties se proposent une chose distincte, chacune dans son intérêt et pour un but différent. Mais on pressent qu'il n'en saurait être de même dans une convention synallagmatique imparfaite, comme la commission, où il n'y a qu'un seul intérêt, une seule volonté à exécuter, une seule obligation principale. Dès lors il est facile de comprendre

pourquoi la commission, acceptée de fait, devient parfaite, l'acceptation fût-elle ignorée du commettant; pourquoi, même après l'acceptation connue ou non, le commettant peut rétracter son ordre, tandis que le commissionnaire, quand il a connu l'acceptation des offres qu'il a faites, ne peut plus les rétracter impunément (V. t. 2, ch. 2, *Contr. de comm.*).

La vente elle-même, bien que synallagmatique parfaite, offre des cas particuliers, où la perfection du contrat n'exige pas que l'acheteur qui a fait une demande soit ultérieurement informé du consentement du vendeur. Le contrat se forme, *l'expédition faite par le vendeur*, et l'acheteur n'est plus à temps de révoquer sa commande (V. t. 3, n° 291 *Contrat de comm.*).

---

§ IV

EFFET DE LA CONVENTION. — CARACTÈRE DE L'OBLIGATION. — CARACTÈRE DE LA PROPRIÉTÉ. — THÉORIE RATIONNELLE DE L'ACQUISITION ET DE LA TRANSMISSION DE LA PROPRIÉTÉ.

SOMMAIRE.

112. Quel est l'effet d'une convention dans laquelle les parties se proposent de transférer la propriété d'une chose; comment s'opère ce transport.
113. Principe et enseignement des jurisconsultes romains.
114. Règle du Code civil : la propriété se transmet par l'effet des obligations; conséquences qui en résultent.
115. Ce qu'est la propriété; comment elle s'acquiert, se perd, se transmet.
116. L'obligation ne lie que les volontés, ne produit qu'une créance; son intervention nécessaire dans le transport de la propriété.
117. L'enseignement des jurisconsultes romains a été l'objet de critiques; elles ne sont pas fondées.
118. Résumé : le principe du droit romain repose sur la constitution de l'homme.
119. La nouvelle théorie du Code civil manque à la bonne foi, à l'équité, à la logique.
120. La cause prochaine de cette anomalie est un faux point de départ.

112. — L'ordre du sujet et des idées nous conduit maintenant à examiner quel est *jure naturali*, selon la nature des choses, l'effet d'une convention dans laquelle les parties se sont proposé de transférer la propriété d'une chose.

Or, une telle convention ne transfère rien ; il en naît une obligation, et rien de plus.

Comment s'opère donc ce transport? Deux choses sont nécessaires :

La convention, qui, formant le lien de droit entre les contractants, commence l'aliénation par l'obligation de délivrer : *Adstringimur ad dandum*, etc ;

La délivrance qui consomme cette aliénation, fin du contrat, en mettant la chose en la possession et puissance de l'acheteur maître d'en disposer : *Traditione res transfertur*. Jusqu'à ce temps, selon le droit, le vendeur est resté propriétaire.

Ainsi, dans le transport de la chose, délivrance et propriété sont deux corrélatifs qui n'opèrent pas l'un sans l'autre.

Voilà notre thèse.

113. — C'est ainsi que le droit romain a résolu la question. Dans la vente *pure* d'un corps certain, disaient les jurisconsultes de Rome, la volonté ne suffit pas : *Solam voluntatem transferendi non sufficere;* la tradition, la possession de la chose est nécessaire : *Dominia rerum... traditionibus transferuntur.*

C'est autre chose, dit Cujas, de parfaire une vente, autre chose de la consommer : *Aliud est perficere contractum, aliud implere*. Le contrat se parfait par le seul consentement ; il se consomme par la tradition : *Emptio perficitur solo consensu ; impletur traditione rei.* Ainsi, dans la vente, le consentement produit l'obligation :

Parit obligationem : voilà le premier degré de la perfection du contrat : *Hoc est prima quæ contractui additur perfectio ;* la tradition accomplit l'obligation, parce qu'elle transfère à l'acheteur la possession, et, par suite, le domaine de la chose vendue : *Exequitur obligationem, quià rei venditæ dominium præbet emptori;* c'est la dernière perfection du contrat et sa consommation : *Hæc est suprema perfectio et contractûs consummatio* (1).

Les jurisconsultes romains ont donc enseigné, et, après eux, Justinien a érigé en loi : *Hæ quoque res,* quæ traditione nostræ fiunt, *jure gentium nobis acquiruntur. Nihil enim tam conveniens est naturali æquitati, quàm voluntatem domini volentis rem suam in alium transferre, ratam haberi* (2).

La première branche de cette loi est évidemment toute la loi ; l'autre n'en est que la raison, le *considérant.* Le texte entier signifie que la propriété se transmet par la volonté jointe à une tradition qui en soit la conséquence, d'où s'ensuit la faculté d'agir sur la chose, *facultas naturalis rem tenendi.*

114. — Le Code civil, au contraire, pose pour règle (art. 711), que la propriété se transmet *par l'effet des*

(1) Cuj. *ad leg.* 18, § 7, D. *damn. infect.*

(2) Gaius, I. 9, § 3, D. *de acq. rer. dom.* : « les choses *que la tradition rend nôtres,* nous sont acquises en vertu du droit des gens ; « rien n'est, en effet, plus conforme à l'équité naturelle que de sanctionner la volonté du maît e voulant transférer à autrui la propriété de sa chose. »

Cette loi se reproduit dans les *Institutes,* § 40, *de rer. div.* Justinien s'y exprime en ces termes : « Per traditionem jure naturali « res nobis acquiruntur... et ideò cujuscumque generis sit corporalis res, tradi potest ; et à domino tradita alienatur. »

obligations (1); puis, laissant de côté la loi romaine, il s'en approprie le motif seulement et l'érige en loi. « Elle « (la vente), porte l'art. 1583, est parfaite entre les par- « ties, *et la propriété est acquise de droit à l'acheteur* à « l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose « et du prix. »

De là trois conséquences :

D'abord, nulle vente possible si la propriété n'appartient pas au vendeur à l'instant même du contrat : pour la transmettre, il faut l'avoir ;

En second lieu, changement de propriétaire par le seul effet de la convention ;

Enfin, cette aliénation purement conventionnelle est sans efficacité contre le droit des tiers.

Maintenant, ces deux derniers corollaires de l'art. 1583, doit-on les entendre indistinctement des immeubles et des meubles? Assurément oui, si l'on s'en tient au pur texte qui n'en fait aucune différence ; mais ce texte couvre une énigme dont le mot est ailleurs. Il faut distinguer :

Par rapport aux parties, que la chose soit mobilière ou immobilière, *idem juris est*; la transmission s'opère immédiatement;

Relativement aux tiers, c'est encore ainsi que la propriété se transmet, pourvu toutefois qu'il s'agisse d'immeubles;

Car, s'il s'agit de meubles, elle n'est incommutablement acquise à l'acheteur qu'après qu'il a reçu la déli-

(1) On a sans doute voulu dire : Par l'effet des conventions qui ont pour objet le transport de la propriété, *v. g.*, la vente, l'échange, la dation en payement, *justa causa transferendi dominii.* On s'oblige aussi par le délit, le quasi-délit, le quasi-contrat, et certes le Code civil n'a pas entendu attribuer à ces sortes d'obligations l'effet de transmettre la propriété.

vrance ou tradition effective de la chose. Jusqu'à ce temps, cette même chose dont, par rapport au vendeur, il est devenu propriétaire *mero jure*, n'en peut pas moins, sans son fait, ni sa volonté, devenir, de fait et de droit, la propriété d'un autre.

Mais cette distinction, où la trouver? Ce ne sera pas dans l'art. 1583 qui, comme on vient de le voir, loin de l'exprimer ou de l'impliquer, semblerait l'exclure. Ce n'est pas non plus dans l'art. 711, dont le texte, pris au pied de la lettre, comprendrait également les meubles et les immeubles, et il en est de même de l'art. 1138. Le mot de l'énigme est dans l'art. 1141, ou du moins, s'il ne s'y montre pas à découvert, on doit l'en déduire *per viam consequentiæ*, en formant ce syllogisme : « l'art. 1141 dit « équivalemment quant aux meubles, qu'outre le consen- « tement réciproque, la délivrance est indispensable pour « que l'acheteur soit incommutablement approprié au re- « gard des tiers, et, quant aux immeubles, il ne le dit « pas (1). Or, *inclusio unius est exclusio alterius* (2) : « donc la seule volonté suffit pour transmettre à l'égard « de tous la propriété immobilière. » Il n'est pas, selon nous, d'autre moyen d'expliquer logiquement la distinction intentionnelle de la loi (3).

L'on voit donc que, s'il est dit expressément dans

(1) Art. 1141 : « Si la chose qu'on s'est obligé de donner ou de « livrer à deux personnes successivement, est purement mobilière, « celle des deux qui en a été mise en possession réelle, est préférée « et en demeure propriétaire, encore que son titre soit postérieur en « date, pourvu toutefois que la possession soit de bonne foi. »

(2) Ex eo quod prohibet lex Julia de adulteriis testimonium dicere condemnatam mulierem, colligitur etiam mulierem testimonium in judicio dicendi jus habere. L. 18, D. *de test.*

(3) M. Troplong (*Vente*, n° 42), explique l'art. 1141 par l'art. 2279; mais le premier acheteur a aussi un titre, et peut-être l'a-t-il

l'art. 2279, *qu'en fait de meubles la possession vaut titre*, l'art. 1141 dit implicitement qu'en fait d'immeubles le titre vaut *appropriance* (1);

Et pourtant, qu'un immeuble soit vendu successivement à deux acheteurs par le même vendeur, c'est la priorité de date qui l'emporte (2).

Est donc propriétaire, non celui qui a acheté le premier, mais celui qui le premier a donné une date certaine à son titre par l'enregistrement, ou dont le titre a le premier acquis une telle date par l'un des autres moyens que l'art. 1328 indique ou spécifie.

Enfin, dans ce conflit de titres, la possession, souverainement décisive en fait de meubles, n'est ici d'aucune considération. Tout dépend de la date : *Qui prior consule, et potior jure.*

Voilà le système du Code civil. Son *défaut d'unité*, *ses incohérences*, *ses disparates* (3), ses antinomies, sont hors de notre sujet. Nous l'envisageons ici sous un aspect unique, *le transport de la propriété par le seul effet de la convention de vente.*

On a prétendu qu'à ce point de vue, le nouveau système est plus *philosophique* que celui du droit romain, c'est-à-dire, plus conforme *à la raison*, *au droit naturel*, *à la*

d'une date antérieure au fait de la tradition. Par conséquent c'est la possession seule qui décide.

L'art. 2279 ne dit donc pas ce qu'il a voulu dire. Pour parler juste et en style coutumier, il aurait dû s'exprimer en ces termes : *En fait de meubles, possession passe titres.*

(1) Dans la coutume de Bretagne (tit. 15), *l'appropriement* était un moyen d'acquérir incommutablement la propriété des choses immobilières. *Appropriement* signifiait l'ensemble des formalités voulues pour parvenir à *l'appropriance.*

(2) V. M. Troplong, *Vente*, n° 43.

(3) M. Troplong (*Vente*, n° 45).

nature des choses, toutes expressions synonymes. On l'a proclamé *un heureux rapprochement des principes du droit naturel*, *un dogme spiritualiste*, *aux formes abstraites*. Or, comme le commerce n'admit jamais, en aucun lieu du monde, que le seul accord sur la chose et le prix suffît à dévêtir de sa propriété un vendeur non payé et qui n'a pas livré (1), il nous incombe de prouver que la coutume commerciale est fondée sur le droit des gens (*ius naturale*), et que, loin d'être arbitraire, elle a sa raison scientifique.

Le principe du droit romain suivi par le commerce est aussi simple que profond ; il est pris dans l'essence même de la propriété et de l'obligation.

115. — Qu'est-ce donc que la propriété, qu'est-ce que l'obligation? quels en sont les éléments caractéristiques et différentiels?

La propriété, dans toute son énergie, est un pouvoir absolu, de droit et de fait, sur une chose corporelle : *Jus et facultas de re* corporali *statuendi ut quis velit*, *nisi si quid jure prohibeatur*, Don. Comment., lib. 9, cap. 8, § 16 (2). Mais l'obligation, quelle qu'elle soit, ne rend pas propriétaire ; elle astreint seulement à donner, à faire, à

(1) *Dominium in corporalibus non transfertur nisi cum traditione* (Casareg., Disc. 52. n° 31 ; *neque sufficit promissio tradendi, nisi sequatur traditio* (*Id.* Disc. 44, n° 18).

(2) Les jurisconsultes romains n'appliquaient *proprement* le droit de propriété qu'aux choses corporelles : *videntur veteres dominium propriè de re corporali dixisse* (Vin. *in Inst.* lib. 2, tit. 4, § 11). Les autres choses *in jure consistunt.*

Tel est aussi le sentiment de Duaren (1, disput. 17), qui, d'après Cujas (10, Observ. 16), s'exprime en ces termes : *possessionis, ususfructus dominus* (Doneau ajoute *et servitutis*) *dicitur per abusionem* (par catachrèse). V. MM. Championnière et Rigaud (*Enregistrem.*, n° 3154).

prester : *Obligationum substantia non in eo consistit ut aliquod corpus nostrum faciat aut servitutem nostram, sed ut alium nobis adstringat ad dandum aliquid, ad faciendum, vel præstandum.* (Paul, L. 3, D. *de Obl. et act.*)

Voilà en quels termes les créateurs du droit romain, opposant *la propriété à l'obligation*, nous ont transmis le résultat de leurs études sur la nature de l'homme et sur l'effet combiné de ses actes moraux et de ses actes matériels. Or, rien n'est plus conforme au droit; c'est notre thèse principale. Ensuite nous ferons voir que le transport de la propriété par le seul consentement est une innovation sans cause, aussi contraire aux intérêts de la bonne foi qu'aux règles de l'équité et de la logique.

Dieu a donné à l'homme une âme et un corps : *Perspicuum est hominem è corpore animoque consture* (1); et, par une union mystérieuse, impénétrable à l'humanité, mais où l'âme a la prééminence, il a départi à chaque élément du tout, un rôle propre et dans un ordre propre de choses : *Cum primæ sint animi partes, secundæ corporis* (2). Les facultés intellectuelles agissent dans une sphère, les facultés physiques dans une autre; l'intelligence éclaire, conseille, détermine, commande, et, sous le joug d'une subordination toute providentielle, le corps obéit, agit, exécute : *Animumque ità constitutum ut et sensibus instructus sit, et habeat præstantiam mentis cui tota hominis natura pareat* (3).

Tel est l'homme. Mais, en vertu de sa constitution même, il faut qu'il entre en relation avec ses semblables; il faut en outre qu'il se mette en contact avec les autres

(1) Cicer. lib. 5, *de finib. B. et M.*

(2) Cic., *ibid.*

(3) Cic., *ibid.* Il ajoute : « Cujusque partis naturæ et in corpore « et in animo sua quæque vis est. »

êtres animés ou inanimés de la création, soit qu'il les approprie à sa subsistance, à ses usages, à ses besoins, à son agrément, soit que, ne pouvant se les soumettre, il les tourne à son avantage. Or, de quelque nature que soient ses rapports, quels que soient ses actes, il est impossible, dans l'état normal, qu'ils ne réfléchissent pas les deux éléments de sa constitution, l'élément moral et l'élément physique. Il est impossible que, dans ses agissements, on ne retrouve pas l'intelligence qui dirige, l'organe qui exécute. Car ce n'est qu'à cette condition qu'il est donné à l'homme d'être, et d'agir comme homme.

Ces deux éléments se manifestent dans l'acquisition de la propriété, et dans la formation de l'obligation, d'une manière différente suivant la différence des choses.

La propriété donc, dans son mode naturel d'acquisition, renferme deux faits, l'un moral, l'autre physique, *animi affectio*, *corporis factum*.

Elle a commencé par l'occupation d'une chose *nullius : Dominium cœpit à naturali possessione*. Or, l'occupation, c'est l'appréhension, la prise de possession (*posse*, *possidere*) d'une chose, *animo sibi habendi*, avec la volonté de l'avoir à soi et pour soi. Mais cette appréhension, ce fait matériel, ce pouvoir physique peut être qualifié de deux manières. Ou je veux occuper *animo habendi*, mais temporairement : c'est la possession proprement dite ; ou je veux occuper *animo habendi* pour moi, pour ma famille, à toujours: c'est la propriété à l'état permanent.

Ainsi on n'acquiert la possession et la propriété que par l'appréhension, fait physique, et par la volonté, fait moral, ; c'est en observant le concours de ces deux phénomènes, que l'on arrive à se faire, de la possession et de la propriété, une idée conforme à la droite raison et à la nature de l'homme.

La possession et la propriété renferment les mêmes éléments; ce qui doit être, la possession conduisant à la propriété. Mais la propriété est caractérisée par une plus grande énergie dans l'élément moral. Aussi les jurisconsultes romains disent : *Dominium est juris, possessio facti*, distinguant ainsi l'un et l'autre par son trait dominant.

Suivez, en effet, ces deux idées, et leur distinction apparaîtra plus frappante, plus tranchée.

Dans l'occupation, la possession et la propriété sembleraient se confondre; mais c'est faute de faire attention au caractère moral qui les distingue, qui peut seul les distinguer; car le fait physique est le même, et pourtant la confusion n'en est plus possible quand les deux éléments constitutifs de la propriété, la volonté et la possession, viennent à se trouver séparés. La volonté est personnelle, inséparable de l'homme. Elle ne change ou ne cesse d'exister que parce que l'homme veut autrement ou meurt. Par conséquent, la possibilité lui reste toujours (*indesinenter*) de vouloir *sibi habere*, et cette possibilité suffit, étant impossible qu'il le veuille à chaque instant de la durée, *unoquoque momento*. Mais, parce que la possession, fait corporel et extérieur, n'est pas, comme notre volonté, inhérente à notre être, la possibilité nous manque de l'exercer sans cesse, ou d'en renouveler l'exercice au renouvellement de chaque instant, et c'est pourquoi elle peut nous échapper par le seul effet de notre abstention, *omissio custodiæ*. Nous pouvons même la perdre à notre insu; bien plus, on peut nous la ravir par la spoliation et le vol.

En supposant donc la volonté chez Salomon qui a possédé, et la possession actuelle chez Jacques, on conçoit aisément que l'*animus sibi habendi* reste et se perpétue dans l'un, tandis que la chose est au pouvoir de l'autre

qui, on le suppose encore, l'occupe dans la même intention. Le premier, nonobstant la perte de la possession, continue d'être propriétaire, et le second ne le devient pas, quoiqu'il soit le possesseur. Salomon, qui n'eut jamais le vouloir de ne plus posséder, mais qui ne possède plus, sent fort bien que sa conscience lui permet de dire : Cette la chose est mienne, *aio hanc rem meam esse*. Son droit est absolu, exclusif, aussi étendu que la liberté de l'homme. Par la raison contraire, dès que Jacques qui possède vient à savoir qu'un autre possédait avant lui sans avoir jamais voulu cesser de posséder, il sent fort bien aussi que la conscience lui prescrit de rendre la chose ou de ne pas la retenir. Ce droit de l'un et cette obligation de l'autre se révèlent à tous les deux *naturali ratione*, indépendamment de toute institution civile sur la propriété. C'est la notion primitive du *jus dominii* (1), de ce lien, effet combiné de la volonté et de la possession, qui s'identifie avec la chose, qui l'attache à l'homme, qui l'affecte à toujours, qui la suit partout, qui ne peut se rompre que par l'abdication et de la volonté et de la possession qui l'ont formé.

Mais pourquoi ne perd-on la propriété que par cette double abdication, à la différence de la possession que la seule volonté fait perdre? *Differentia inter dominium et possessionem hæc est quod dominium nihilominùs ejus manet qui dominus esse non vult ; possessio autem recedit ut quis constituit nolle possidere* (L. 17, § 1, D. *de acquir. possess.*). C'est en ce point surtout qu'on reproche aux jurisconsultes romains d'avoir manqué de logique. Où donc

(1) *Dominium, proprietas*, disent les jurisconsultes romains. L'expression *jus in re*, employée par des commentateurs de ce droit et par des auteurs modernes, manque de justesse. Le *jus in re*, c'est la servitude, *jus servitutis*, c'est le gage, *jus pignoris*.

est l'inconséquence? nul ne possède s'il n'a la chose et la volonté de la posséder pour lui. C'est un principe trivial, hors de toute contestation. Quand sa volonté cesse, sa possession s'évanouit donc, et se résout en une simple détention de fait, cela est d'évidence; mais aussi longtemps que la chose est en mon pouvoir, impossible que ma seule volonté me dépouille de la propriété, et la raison en est encore plus évidente, s'il est possible. En effet, puisque je ne délaisse pas la chose, et que je n'ai pas la volonté de la transmettre à autrui, elle ne saurait devenir ni une chose sans maître, *res nullius*, ni la chose d'un autre, *res alicujus*. Que faut-il donc qu'elle soit? ce qu'elle était auparavant, ma propriété : *Dominium ejus manet qui dominus esse non vult*. La conséquence est indéniable.

Nous avons jusqu'à présent raisonné sur une chose *nullius* acquise à l'homme, sans aucun contact avec son semblable, mais par le seul concours de son propre fait avec sa propre volonté, l'occupation jointe à *l'animus sibi habendi*, et l'on vient de voir qu'il n'en peut perdre la propriété, que par le même concours en sens inverse, la volonté de ne l'avoir plus à soi et le délaissement de la possession. Examinons maintenant comment il peut s'en dévêtir lorsqu'il veut l'aliéner, en d'autres termes, comment un autre en peut être investi.

L'homme étant forcé d'obéir aux lois de sa constitution, l'on pressent que les moyens *d'appropriance* seront précisément les mêmes que quand la chose était encore *res nullius*: la nature est invariable dans ses procédés. Cependant il se présente une nouvelle circonstance dont on doit tenir compte, *l'aliénation*.

C'est alors qu'apparaît l'obligation, comme un élément nécessaire au but qu'on se propose. Nous voici en présence : ce que vous voulez acquérir, je veux vous le

transmettre. Le concours commutatif de nos volontés (*la scambievole volontà di noi*, comme dit si bien de Jorio), est donc indispensable. Sans cela, le lien de droit, l'obligation ne saurait se former. Mais deux volontés mentales, c'est-à-dire, deux volontés captives dans l'esprit de ceux qui les ont conçues, ne pouvant ni s'entre-connaître, conséquemment ni se lier, elles sont, chacune relativement à l'autre, comme si elles n'existaient pas. Il faut donc qu'elles se manifestent *ore, scripturâ, nutu, facto*, en un mot, par *un signe sensible* quelconque (1), car il est nécessaire, mais il suffit qu'elles s'entre-comprennent.

On voit donc se réfléchir dans la formation de l'obligation, comme dans l'acquisition de la possession ou de la propriété, les deux phénomènes qui affectent tous les actes de l'homme, le fait intérieur, moral, *factum animi;* le fait extérieur, physique, *factum corporis*, la volonté et l'expression matérielle de la volonté.

116. — Mais l'obligation ne lie que les volontés, et comme c'est la volonté qui personnifie, la personne seule

(1) Dans l'hypothèse d'une vente contractée tacitement, il faut qu'un fait extérieur de l'un des contractants au moins manifeste sa volonté, à laquelle la volonté de l'autre contractant puisse se lier *per patientiam*, ou de quelque autre manière tacite. Telle est l'espèce proposée n° 86, et dans laquelle, entré chez un marchand chapelier à qui je ne dis mot et qui ne me dit rien, mais qui me voit comme je le vois moi-même, je dépose sur son comptoir une somme de 12 fr., puis j'emporte librement le chapeau que j'avais essayé. Si l'on suppose que le chapeau était en évidence avec une étiquette indicative du prix, le marchand n'a pas consenti *per patientiam*, car respectivement à tous venants, l'étiquette était l'expression permanente de sa volonté. Dans cette espèce, j'ai consenti tacitement par un fait matériel (*facto*), et lui expressément, *scripturâ*, autre fait matériel.

peut être liée, et elle l'est, car ce que deux personnes ont consenti licitement, la conscience le sanctionne et en commande l'exécution. L'obligation ne saurait donc produire qu'une créance, un droit relatif, limité à la personne. Elle exige sans doute une chose présente à notre réflexion (V. n[os] 83, 85), car comment vouloir sans objet? mais cette chose n'en est que la fin : *Res deducitur in obligationem.*

Quel est donc, selon le droit naturel, le rôle de l'obligation dans le transport de la propriété? Son intervention est évidente et nécessaire. L'un veut transmettre, l'autre acquérir; force est donc qu'ils s'obligent.

Mais l'obligation ne suffit pas pour opérer cette transmission : *Solam voluntatem transferendi non sufficere.* En effet, ne liant que les personnes, elle n'engendre qu'un droit contre la personne, formulé par l'action *in personam* (1). Or, la propriété ne se conçoit pas, sinon sans la possession actuelle de la chose qui en est l'objet, du moins sans le *jus dominii* qui l'affecte et la suit partout, droit absolu, éminemment exclusif (2). Comment l'obli-

(1) Des auteurs enseignent (V. Pothier, n° 151, M. Troplong, n° 40) que de l'obligation, de la convention naît un *jus ad rem.* L'expression *jus ad rem*, pour caractériser l'*actio in personam*, est étrangère au langage précis des jurisconsultes romains, et manque d'exactitude. Elle a conduit à une fausse conséquence. On en a induit que l'obligation n'affecte pas purement la personne, mais aussi la chose; cette idée une fois reçue, on passe facilement à cette autre induction : que l'obligation produit le *jus in re*, lequel est souvent confondu avec le *dominium, jus dominii.* C'est ainsi qu'en faussant le langage on fausse les idées qu'il exprime, et l'on finit par consacrer en principe que l'obligation transfère la propriété (M. Troplong, *Vente*, préf., p. 4), ce qui est impossible *naturâ rerum.*

(2) « Pour qu'il y ait propriété, il faut que le propriétaire ne « puisse être troublé par personne, que tous soient obligés de « respecter sa jouissance. C'est le caractère essentiel de la propriété

gation, ou la convention qui donne naissance à l'obligation, pourrait-elle produire un tel effet ? Le droit qu'elle confère est, nous le répétons, personnel, relatif, limité à la personne. *Obligatio ossibus hæret*, suivant l'expression barbare, mais énergique, des glossateurs. Il faut donc chercher ailleurs que dans l'obligation le mode naturel de transférer la propriété. Or, on l'a dit, la propriété ne s'acquiert qu'*animo et corpore;* elle ne se perd aussi qu'*animo et corpore in contrarium actis*. Si vous me livrez la chose dont vous avez la propriété, ou que de votre gré j'en prenne possession pour en devenir propriétaire, je le suis à l'instant, mais je ne puis le devenir d'aucune autre manière : *Dominia rerum non nudis pactis, sed traditionibus transferuntur.*

Ainsi la tradition, la possession, est le seul mode naturel d'acquérir la propriété par transport, et l'on ne pourra jamais, sans intervertir la nature des choses, faire que l'obligation de transmettre soit la transmission même (1).

Néanmoins, ce n'est pas la tradition qui transfère la propriété. La tradition, quelle qu'elle soit, ne peut transmettre que la possession; *traditio est facti*, et, quant à l'obligation, elle ne transmet rien. Comment donc l'ac-

« d'être exclusive. Ainsi le nouvel acquéreur ne contracte pas seu-
« lement avec son vendeur, il contracte avec la société tout entière.
« Tous les membres de la cité sont liés envers lui, ni plus ni moins
« que le précédent propriétaire. Leur obligation n'est pas différente. »
(MM. Championnière et Rigaud, *Enreg.*, n° 1630).

(1) Nous n'entendons pas dire qu'il soit toujours nécessaire de livrer, ni toujours nécessaire d'appréhender *manu, inductione, deambulatione*, car, par exemple, l'acquéreur peut déjà être en possession de la chose. Nous disons seulement qu'il faut un fait physique quelconque annonçant l'exécution des volontés, lequel consomme la convention. C'est en ce sens que les auteurs du discours préliminaire du Code de commerce ont dit que, dans le commerce, *la propriété se transmet par tradition*. (V. notre t. 4, n° 216, et suiv.)

quéreur devient-il propriétaire? Précisément par le même procédé au moyen duquel son prédécesseur l'était devenu. Mon cédant m'avait délaissé, et j'occupai la chose *animo et corpore;* aujourd'hui, j'en use de même envers vous qui, à votre tour, l'occupez aussi d'intention et de fait, et vous en devenez le maître, comme si elle était devenue *res nullius*. Tous désormais sont tenus de respecter votre volonté et votre possession : moi d'abord qui vous ai vendu la chose et m'en suis dessaisi; les tiers, puisqu'ils n'y ont aucun droit, et que la conscience leur commande le même respect. Votre possession est donc absolue quant à la chose, exclusive quant aux personnes, illimitée quant au temps; c'est la propriété incommutable, la propriété dans toute sa plénitude.

On est frappé de la simplicité de cette théorie des jurisconsultes romains, de la justesse du point de départ, de la distinction des ordres d'idées, de la logique de leurs procédés, de la précision de leur langage. On dirait qu'à force d'études, d'observations et de méditations, ils ont saisi la nature humaine sur le fait, tant leur expression est énergique et vraie, soit qu'ils aient à signaler les éléments constitutifs de la possession, de l'obligation et de la propriété, soit qu'ils en veuillent marquer les caractères distinctifs et jusqu'aux nuances différentielles.

117. — Cependant, de combien de critiques ce bel enseignement n'a-t-il pas été l'objet? C'est premièrement le reproche vague et inaccessible à l'argumentation, de n'aboutir qu'à de vaines subtilités. Qu'est-ce à dire *subtilités?* Est-ce parce qu'on y tient compte de toutes les circonstances, qu'on y procède avec une analyse délicate, un raisonnement rigoureux, un discernement exquis? le grand crime! C'est ainsi qu'on évite *les disparates, les incohérences, le*

défaut d'unité. Sans tout cela, la science du droit devient impossible. Ce n'est qu'à ce prix qu'il fut donné aux Paul, aux Gaius, aux Papinien, etc., de la construire, et ce n'est qu'à ce prix qu'on pourrait la refaire avec les modifications que nécessitent d'autres temps, d'autres mœurs, d'autres besoins. *Subtilités!* Mais en fut-il jamais de comparables à celles d'un futur présent? d'une obligation translative? d'une propriété sans chose? Ensuite on a essayé de corriger l'ancienne théorie, de justifier une assertion de Grotius (1), et, supprimant la tradition comme une invention inutile du droit romain, on a prétendu prouver, en forme, que, selon le droit naturel, le seul consentement transmet la propriété.

On a dit : la propriété subsiste sans la possession qui n'en est que l'usage, *l'exertion;* elle est ce droit qui nous affecte la chose comme propre, cette *qualité morale*, suivant Puffendorf, en vertu de laquelle une chose nous appartient, le droit d'en disposer librement, souverainement; ou du moins c'est là ce qui prédomine dans la propriété. Or ce droit, je puis, par ma seule volonté, le transférer à qui bon me semble; je puis, par la volonté, substituer à ma personne une autre personne. Celle-ci, par le concours de sa volonté avec la mienne, devient propriétaire en mon lieu et place; et, quant à la possession, comme elle est séparable de ce droit, et n'est requise que pour exercer ce droit, l'acquéreur peut l'obtenir en vertu de ce droit même.

(1) Grotius enseigne (liv. 2, chap. 8, § 25), mais sans le prouver, que, *jure naturæ*, la propriété est transmise par la volonté des parties, et que la tradition est une invention du droit positif, *commenta juris civilis*. Mais, à la différence du Code civil, cet auteur ne fait pas la distinction d'une propriété acquise à l'égard du vendeur seulement, et d'une propriété acquise envers et contre tous, selon que la chose est mobilière ou immobilière.

On a. ajouté : Dès que je retire de ma chose la volonté que j'ai de la posséder, elle cesse de m'appartenir : « Là « où la volonté a, elle seule, une énergie assez forte pour « abdiquer la propriété, la logique veut qu'elle suffise « pour l'acquérir (1). »

Ce système ne peut pas être vrai. Il méconnaît l'essence de l'obligation ; d'un moyen de contracter, il fait un moyen d'acquérir : *naturam intervertit*. En effet, la convention ou l'obligation qui en naît ne lie que les personnes ; elle astreint *à donner, à faire ou à ne pas faire* (2) ; elle ne constitue donc qu'une dette et une créance, et n'astreint ni ne peut astreindre que les personnes. Il est contre la nature de l'obligation qu'elle transfère quelque chose, puisqu'elle est la cause du transport devant être fait (3) ; il est contre sa nature de pouvoir substituer une personne à une autre, car sa nature propre est de donner le droit d'exiger la substitution ; elle est donc impuissante à la faire. La dation de la chose ou la prestation du fait, c'est l'exécution, la consommation de l'obligation, et l'idée d'obligation implique celle d'un temps futur. Or, si dès que l'obligation existe ou parce qu'elle existe, elle a accompli sa fin sans intervalle d'aucun temps, pas même un instant de raison, l'obligation naît et s'éteint *uno et eodem actu*. Le moyen et la fin ne sont qu'un ; il y a, suivant une expression du Code civil (4), une

(1) M. Troplong, *Vente*, n° 40. — Puffendorf, *de jur. nat.*, lib. 4, cap. 9, § 4. — Pothier, *Tr. du dr. de prop.*, n° 245.

(2) Art. 1101 C. civ.

(3) Causa rei transferendæ.

(4) Art. 1138 C. civ. « L'obligation de livrer..... rend le *créancier propriétaire*...... » deux mots qui, avant le Code civil, ne s'étaient jamais vus ensemble.

Ce qui n'étonne pas moins, c'est l'art. 1238 portant que « pour payer valablement, il faut être propriétaire de la chose donnée en

partie créancière et tout à la fois propriétaire d'une même chose, idées contradictoires en elles-mêmes et jusque dans les termes.

Tel étant le propre de l'obligation, il tombe sous le sens que ce que l'on veut devoir être donné ou fait, n'est, par cela même, ni encore donné, ni encore fait; que la volonté et l'exécution de la volonté sont deux faits dont aucun n'est l'autre. Enfin la volonté n'agit qu'au dedans; au dehors, son action est nulle. Si toutes ces propositions sont vraies, *per rerum naturam*, il ne se peut pas que ni ma volonté, ni même le concours de nos volontés, suffisent à vous transmettre la propriété de ma chose. En effet, vouloir mutuellement ce transport, c'est nous obliger, moi à vous rendre propriétaire, vous à le devenir. Or le fait voulu n'est pas le fait accompli, et, lorsqu'il s'accomplira, son accomplissement sera un acte extérieur hors du pouvoir de la seule volonté. Pour que le transport s'opère, il faut donc que la convention s'exécute par le fait matériel ou de la tradition ou de la prise de possession. Alors se perd le *jus dominii* de l'ancien maître, et là commence celui du nouveau propriétaire.

Au reste, en retirant ma volonté de la chose que je possède, je puis bien cesser, je cesse même incontinent d'en être possesseur; car, pour posséder, la détention ne suffit pas, il faut de plus la volonté, *animus* (1). Je puis

payement...... » Si donc je vous vends une chose livrable le premier jour de l'an prochain, à vous le risque et la propriété. Mais, le jour du payement arrivé, il faut, à peine de nullité, que je redevienne propriétaire.

On a répondu que l'art. 1238 ne concerne que les choses promises *in genere;* mais la loi, où le dit-elle ? et qu'est-ce qu'une loi qu'on ne peut comprendre qu'au moyen de distinctions qui ne s'y trouvent pas ?

(1) V. M. de Savigny, *Poss.*, p. 392. Si in fundo sis, et tamen nolis

donc ne posséder ni pour moi ni pour personne (1), ou posséder pour un autre; mais aussi longtemps que je garde en ma puissance la chose dont j'ai la propriété, comme elle ne saurait devenir ni la chose *nullius*, ni la chose de nul autre que moi, il est conséquent que j'en reste le maître ; car, si l'esprit conçoit aisément que je puis posséder ma chose pour un autre, il résiste à la loi des possibilités que j'en sois propriétaire, c'est-à-dire, qu'elle me soit *propre* pour *autrui*.

Il en est de celui qui, tout en retenant sa chose, voudrait néanmoins en rendre un autre propriétaire, comme de quelqu'un qui voudrait marcher sans bouger. Cet homme, qui pourrait marcher s'il le voulait, a une velléité, mais il n'a pas une *volonté*.

On voit que l'argument : *dès que je retire ma volonté de la chose que je possède, elle cesse de m'appartenir*, pèche essentiellement contre la logique. Les prémisses sont fausses, et la conclusion est plus étendue que les prémisses.

Disons donc : là où la volonté suffirait à transférer la possession, la logique veut qu'elle ne suffise pas pour transmettre la propriété : *Dominium ejus manet qui dominus esse non vult* (2).

118. — En résumé, au point de vue philosophique, il faut reconnaître que le principe du droit romain, fondé

possidere, *protinus amittes possessionem*. L. 3, § 6, D. *de possess.* — Possessio autem recedit, *ut quisque constituit nolle possidere*.

(1) Qu'on mette entre les mains d'un homme endormi une chose dont il n'a pas précédemment acquis la possession, il ne la possédera ni pour lui, ni pour personne : la volonté lui manque.

(2) Aussi la coutume disait avec bon sens : *donner et retenir ne vaut*.

sur *la constitution de l'homme*, met chaque chose à sa place, l'intelligence où elle doit être, le fait physique là où il est nécessaire. Or « le fait et le droit appartiennent « chacun à un ordre de choses différent; ils ont chacun « une réalité diverse, mais positive » (M. Troplong, *Vente*, n° 273) (1).

Observateurs assidus des procédés de la nature et logiciens sévères, les jurisconsultes romains ne se sont pas mépris au point de changer un mode de s'obliger en un mode de transmettre et d'acquérir, de prendre le moyen pour la fin, et de voir dans l'obligation le préaccomplissement de l'obligation même. Loin de nous, toutefois, la pensée que la tradition ne doive se faire et ne puisse être faite que par l'appréhension, par l'*inductio*, la *deambulatio*, la *longa manus*, etc., moyens primitifs et naturels. Il en existe et nous en avons signalé bien d'autres (t. 4, nos 216 et suiv.). Mais, en ce qui touche soit une universalité de meubles, de denrées ou de marchandises, soit les navires et surtout les immeubles, la mutation de la propriété, base de l'ordre social, est une révolution assez importante dans les intérêts privés (2) pour qu'elle ne s'opère pas dans les ténèbres (3). Un signe sensible et patent doit

(1) La science du droit, *jurisprudentia*, n'est pas une abstraction comme la géométrie qui raisonne sur de pures conceptions de l'esprit humain. Le droit ne peut être séparé de l'homme, son sujet, ni des choses, son objet : *Omne jus constitutum propter personas, versatur circà res*. C'est la règle de sa conduite dans les diverses situations de la vie. Outrer la prérogative de son intelligence ou de sa volonté aux dépens des facultés corporelles qui ont aussi un rôle départi, c'est marcher à l'idéalisme. L'idéalisme fut une erreur grave en philosophie, il n'en serait pas une moins funeste dans le droit.

(2) Il est reconnu qu'aujourd'hui la richesse mobilière de la France égale, si elle ne la surpasse, sa richesse territoriale.

(3) V. MM. Championniere et Rigaud, n° 1650, où ils rappellent

l'annoncer. Là aussi commence le domaine de la loi civile : *Jura civilia multa constituere possunt præter naturam.*

119. — Mais la loi ne peut pas, sans blesser la raison, disposer contre la nature des choses : *Contrà naturam nihil.* Or, nous croyons l'avoir démontré, une loi dispose non pas outre mais contre la nature des choses, lorsque d'un contrat *juris gentium* elle fait tout à la fois un moyen d'acquérir et un moyen de s'obliger, d'être propriétaire sans aucun pouvoir sur la chose, et de l'être à l'égard de l'un sans l'être à l'égard de tous, selon qu'il s'agit de meubles ou d'immeubles; en sorte qu'il existe en France une propriété relative, c'est-à-dire, sans une chose qui devienne propre, ce qui répugne au caractère essentiellement exclusif de la propriété. Il nous reste à faire voir qu'aucuns besoins sociaux n'appelaient l'introduction de cette anomalie, qu'aucune utilité n'en compense les incon-

un capitulaire de 809 dans lequel il est dit : *De traditionibus, ut in abscondito non fiant.*

Il semble passé en jurisprudence civile, contre le sentiment de M. Troplong (*Vente*, n° 41), et de M. Toullier, t. 6, n° 205, t. 7, n°s 55, 56 *et passim*, que, toutes les fois qu'il ne s'agit pas de déterminer la préférence entre deux acquéreurs successifs, le principe de la transmission *solo consensu*, s'applique aux meubles comme aux immeubles. On juge donc que la saisie pratiquée par les créanciers du vendeur sur les meubles par lui vendus, ne peut être maintenue *sous le seul prétexte* que ces meubles sont restés en sa possession (Bourges, 25 janvier 1841 ; Douai, 26 février 1840), et il existe plusieurs arrêts plus récents, notamment un arrêt de la cour de cassation du 24 juin 1845, portant rejet du pourvoi formé contre un arrêt de la cour de Rennes, qui a jugé dans le même sens. Conçoit-on la possibilité d'appliquer au commerce une pareille jurisprudence !

On excepte, bien entendu, le cas de fraude ; mais que de fraudes qu'on ne peut prouver !

vénients, et que la bonne foi, l'équité et la logique ont également à s'en plaindre.

Et d'abord, la bonne foi et l'équité : Si quelqu'un me vend, sans délivrance actuelle, le local d'une manufacture, et le vend ensuite à Jacques, lequel en reçoit la tradition et en paye le prix, la bonne foi ne gagne évidemment rien au système nouveau, car il faut nécessairement que la bonne foi de Jacques ou la mienne soit déçue et souffre. Or qu'importe que ce soit ma bonne foi plutôt que celle de Jacques, et réciproquement? La morale et l'ordre social n'en auront pas moins reçu une atteinte dont l'art. 1583 du Code civil ne pouvait pas les garantir.

Dans l'espèce proposée, c'est la bonne foi de Jacques qui pâtira, car il n'a fait enregistrer que quelques heures après moi. Tenu donc de déguerpir et de me céder la manufacture, il perdra le prix qu'il a payé au vendeur, si ce fripon est insolvable, ou s'il a mis ses biens à couvert. Tel est le résultat de l'art. 1583. Peut-être même le malheureux Jacques tombera-t-il en faillite par suite du vol qu'on lui fait, ou faute d'un local sur lequel il avait compté pour exercer son industrie. Il s'agit de savoir si tout cela est conforme à l'équité.

Or qu'ai-je à dire en équité sinon que je suis le premier en enregistrement, et est-ce bien là une raison d'équité? C'en serait une, sans doute, s'il eût dépendu de Jacques de connaître mon achat. Mais la date en était secrète aussi bien que le titre lui-même, et l'équité ne permet pas d'imputer à un tiers d'avoir ignoré un fait qui lui est étranger : *Facti alieni ignorantia præsumitur, nec nocet tertio* (1). Jacques n'a donc pas commis l'ombre d'une faute. Lui reprocher son ignorance, c'est lui faire un reproche de sa

(1) Casareg., Disc. 32, n° 18; L. 21, D. lib. 22, tit. 3.

bonne foi même qui devrait le protéger, car c'est dans cette ignorance que la bonne foi consiste. Cet acquéreur, au contraire, peut justement me dire : Que n'avez-vous fait comme moi? Pourquoi ne vous être pas mis en possession, ou n'avoir pas du moins annoncé votre *droit abstrait* par quelque acte ou signe extérieur qui pût m'en avertir (1)? Votre incurie est cause de tout ce qui arrive. Elle a facilité la fraude de notre commun vendeur. Je vois bien que vous avez pour vous l'art. 1583 du Code civil ; mais si l'équité prononçait!

Oublions un moment l'intérêt des tiers, et considérons à part l'acheteur et le vendeur.

Certes la bonne foi exige que celui qui vend et livre sa chose n'ait pas l'intention d'en retenir la propriété lorsqu'il en a reçu le prix. Mais, après tout, peu importerait cette intention frauduleuse. Car que peut essayer ce vendeur malhonnête homme? une seule chose, la revendication. Or l'acheteur lui répondrait victorieusement : Si quelque autre que vous, se portant propriétaire, venait me troubler dans ma possession, vous seriez tenu de me défendre ; à plus forte raison ne pouvez-vous pas m'attaquer vous-même : *Quem de evictione tenet actio, eumdem agen-*

(1) M. Troplong, *eod.*, n° 44, s'élève avec raison contre le système du Code civil qui, entre deux acquéreurs successifs d'un même immeuble, règle la préférence par la date du titre. Aux combinaisons de la nouvelle loi, il demande qu'on substitue la transcription qu'exigeait la loi de brumaire an VIII. Au nom de la bonne foi, du crédit privé, de la stabilité de la propriété, il appelle une réforme sur ce point important. Mais cette transcription que sera-t-elle? une espèce de prise de possession figurée, comme dit le savant auteur, un mode d'acquérir du droit civil, suppléant aux modes naturels que les besoins de la société et la complication des intérêts sociaux ont rendus insuffisants.

La loi du 23 mars 1855 sur la transcription a introduit une réforme, mais une réforme bien imparfaite.

tem repellit exceptio. L'axiome est de pur bon sens. L'article 1583 n'ajoute donc rien à la sécurité de l'acheteur à l'égard du vendeur. Tout son effet se borne à sacrifier l'intérêt des tiers à celui d'un acquéreur qu'ils ne connaissaient pas et qu'ils ne pouvaient connaître ; plus souvent encore à favoriser une coupable connivence.

Ce n'est pas tout : cette loi manque à son mandat, qui est de ne protéger que des intérêts honnêtes ; car, dans une occasion dont on a vu des exemples, et qui peut souvent se reproduire, elle offre à l'acheteur un moyen sûr de s'enrichir injustement aux dépens du vendeur. Je puis, en effet, vous vendre de très-bonne foi une manufacture, un magasin, une maison que je crois m'appartenir sans qu'ils m'appartiennent, ou m'appartenir en totalité, tandis qu'il ne m'en appartient que les deux tiers, ou qui m'appartiennent en entier sans que je puisse le prouver. Que de propriétaires dans l'embarras, s'il leur fallait faire preuve de toutes leurs propriétés, titres en main ! Cependant, si vous découvrez mon erreur ou mon impuissance, et que, depuis votre possession, l'édifice vendu ait perdu la moitié de sa valeur, *v. g.*, parce qu'on aura transporté ailleurs une foire ou un marché qui se tenait dans le voisinage, vous pouvez demander l'annulation du contrat et l'entière restitution du prix ; c'est encore là une conséquence de l'art. 1583 (1). Or rien n'est assurément moins conforme à l'équité. L'équité ne vous permet pas plus de me rendre le magasin parce qu'il s'est déprécié, qu'elle ne me permettrait de vouloir le reprendre parce que la valeur s'en serait accrue. Votre demande ne sera juste que si je refuse de vous défendre ou si je vous défends sans succès contre l'attaque d'un tiers qui prétend vous évincer. Alors,

(1) Et aussi de l'art. 1599.

ne remplissant pas mon obligation (*ut tibi rem habere liceat*), je perds le droit de vouloir que vous remplissiez la vôtre. Si le prix ne m'eût pas été payé, je ne pourrais pas en exiger un centime. Je ne puis donc en rien retenir, et je le dois tout entier, sans égard à la dépréciation actuelle de la chose. Il peut même arriver, selon les circonstances, que je vous doive en outre des dommages et intérêts.

120. — Tels étaient les anciens principes. A notre avis, ils conciliaient bien mieux le droit avec l'équité, et protégeaient plus efficacement la bonne foi, que ne le font aujourd'hui les art. 1583 et 1599 du Code civil.

Quant à la logique, on a déjà vu combien est fautive celle du Code civil, par la confusion qu'elle fait de l'obligation et de la propriété. Signalons, en finissant, le faux point de départ qui est la cause prochaine de cette aberration.

Autrefois deux éléments constituaient l'essence de la transmission : la volonté et la délivrance. Désormais parmi nous la volonté suffit. Cela est-il dans le vrai ? Est-ce la conséquence d'un raisonnement juste, fondé lui-même sur une idée juste ?

Sans aucun doute, la loi de chaque pays peut, à son gré, modifiant la forme extérieure des conventions, soumettre à des exigences de droit civil des contrats qui, en eux-mêmes, sont du pur droit naturel. Elle peut aussi, comme le navigateur habile se sert des vents contraires pour arriver au port, se servir de ces contre-vérités appelées *fictions* (1), pour arriver au but d'utilité sociale et d'équité où elle doit toujours tendre. Elle en a le droit et

(1) *Mendacium utilitatis causâ*, dit Papinien, *in lege vel jure receptum.*

le devoir, nous le reconnaissons de nouveau. Mais, ce qu'aucune loi ne peut faire, c'est de créer une vérité, d'en abolir une ou de la modifier, soit dans l'ordre moral, soit dans l'ordre physique. Le vrai existe de soi-même, indépendamment de toutes les législations; il existe indestructible, inaltérable, et il n'est de vérité que dans la nature des choses. Or, qu'on exalte, qu'on exagère autant que l'on voudra la *puissance* et l'*énergie* de la volonté de l'homme; qu'on le spiritualise jusqu'à l'extrême hyperbole; dites-lui, par exemple, que *sa volonté, aidée de toute la puissance de la loi, franchit toutes les distances, surmonte tous les obstacles, et devient présente partout comme la loi même* (1); qu'on lui dise encore que *ses faits moraux n'ont rien à demander à ses faits matériels...; que leur puissance n'est pas une puissance d'emprunt, mais une puissance manifeste et innée* (2); il pourra le croire, car ce beau langage et ces fictions pompeuses pourront flatter son orgueil, enfler sa présomption naturelle, non sans quelque danger peut-être, *in ipsâ enim* (superbiâ)

(1) Disc. de M. Portalis au corps législ. (7 ventôse an XII).

(2) M. Troplong, *Vente*, n° 273.

La proposition pourrait paraître vraie, prise abstractivement, c'est-à-dire (pour emprunter à l'auteur quelques expressions de sa belle préface du Contrat de prêt), *au point de vue de son idée dominante :* l'homme pensant et voulant, l'homme psychologique. Mais cet être isolé ainsi par l'abstraction, ne peut rien sur le monde physique; « et c'est, dit M. Cruveilhier (*Anat. descr.*, t. 1, p. 2), parce que « l'homme anatomique, l'homme physiologique et l'homme moral « et intellectuel n'ont pas été étudiés par les mêmes savants, que « la science de l'homme laisse encore tant à désirer. »

Nous ne dirons pas *laisse encore;* nous disons que cette trinité humaine (qu'on nous pardonne l'expression) sera toujours pour l'homme un mystère incompréhensible : *Hùc usquè venies, et non procedes ampliùs.* Tout ce qu'on en peut savoir, c'est ce qu'en dit Cicéron : *Constat è corpore animoque.*

sumpsit initium omnis perditio : L'orgueil fut la source première du malheur de l'homme (1). Mais où trouver des termes pour lui persuader qu'il lui suffirait de *vouloir*, sans aucun acte extérieur, pour se mettre en rapport avec le monde matériel? Par quel autre prestige lui faire croire qu'*il y a autant de puissance dans la volonté qui se dirige sur la chose que dans la main qui appréhende* (*Vente*, n° 274). Les volontés uniformes de tous les humains ensemble, l'homme le sent bien, seraient impuissantes à déplacer un fétu, à mouvoir un atome, et, en cela comme en tout, on ne peut trop admirer la sagesse infinie de celui-là seul dont la seule volonté peut tout et est seule présente partout. Ce n'est pourtant que dans ce monde matériel que sont les choses dont la propriété peut être transmise et acquise. Mais la propriété n'est aucune de ces choses, pas plus que la *qualité morale* de Puffendorf ou le *droit abstrait* des rénovateurs de sa doctrine (2). Aussi le mot *propriété* ne prend-il un sens, et ce qu'ils appellent le *droit abstrait* ne devient-il une réalité, qu'au moment où il s'unit à un objet physique quelconque; et, parce qu'une telle union ne peut évidemment pas s'opérer

(1) Tob. max. ℣. 14.

(2) Demandez-leur ce qu'est la nouvelle propriété introduite par l'art. 1583; ils vous répondront que c'est *un droit abstrait et stérile sans la possession*, ce qui signifie bien une propriété sans chose.

Mais, ce droit abstrait et stérile, comment passe-t-il du propriétaire à l'acquéreur? *Il s'en opère*, dit M. Portalis (*ubi sup.*), *une sorte de tradition civile*. Ce n'est donc qu'une fiction, et il n'en existe pas, il n'en peut pas exister dans le droit naturel.

Maintenant, cette quasi-tradition civile ou cette fiction d'une fiction, quel en sera l'effet? de donner *une action pour forcer la délivrance* (M. Portalis, *ubi sup.*). Hé! mon Dieu! c'est ce que nous disons; nous ne prétendons pas autre chose. D'un contrat il ne peut jamais naître qu'une obligation et un droit corrélatif.

par la seule force des volontés, il y faut le fait de l'homme. Dans le pur droit naturel, ce fait, c'est la tradition effective. Dans le droit commercial qui va *præter naturam*, c'est encore tout fait matériel, tout signe sensible annonçant clairement la volonté de livrer (1), traduite en action dans ce signe ou ce fait. Il est vrai, avons-nous dit, que la tradition ne transmet pas la propriété ; elle transmet la possession, rien de plus. Mais, le droit de l'ancien maître cessant dès l'instant même où l'acquéreur possède, celui-ci, dès le même instant, a sur la chose *potentiam juris et facti;* pouvoir de droit, en vertu du contrat; pouvoir de fait, en vertu de la possession, et c'est la concentration de ce double pouvoir dans la même main qui constitue ce qu'on appelle la propriété. Alors, mais alors seulement, la propriété peut recevoir une définition intelligible. Et comment la définit-on quand on veut la définir intelligiblement ? On la définit une pleine puissance sur la chose, *plena in rem potestas* (2), et chacun comprend aussitôt que c'est la possibilité actuelle et le droit auquel aucun droit antérieur ne fait plus obstacle, d'agir sur cette chose *pro arbitrio*, par soi-même ou par autrui, d'en user, d'en abuser (*uti ad consummationem usque*), de la modifier, de l'abandonner, de la détruire. Or rien de tout cela ne pouvant être l'effet d'une simple opération de la pensée, la droite raison ne saurait admettre, ni l'esprit concevoir la pleine puissance sans la possession, ni la propriété sans la pleine puissance (3).

(1) *V. g.*, le connaissement.

(2) *Il dominio è la piena potestà che noi abbiamo sopra una cosa, è il dritto de poterne disporre a nostro piacere.* De Jorio, lib. 3, part. 1, *lib.* 1.

(3) Tel est bien aussi le sens de l'art. 544 du Code civil, lequel définit ainsi la propriété : « La propriété est le droit de jouir et dis-

On a défini l'homme *une intelligence servie*, ou mieux *obéie par des organes*, idée aussi vraie qu'élégamment exprimée. Voilà d'où il faut partir; tout autre point de départ ne peut mener qu'à l'erreur.

Redisons donc avec Doneau : « Nous sommes créan- « ciers de ce qu'un autre s'est obligé envers nous à don- « ner, à faire ou à ne pas faire; mais, alors même qu'il a « promis de transférer la propriété, tant que la tradition « n'est pas faite, la chose ne nous appartient pas vérita- « blement; le débiteur en reste le maître; et nous n'avons « qu'une action pour exiger le transport » (1) : *Obligationum substantia non in eo consistit ut aliquod corpus nostrum faciat*..... Ainsi, en inscrivant au frontispice de son œuvre (2) que, *dans le commerce, la propriété se transmet par la tradition*, le législateur commercial n'a fait que se conformer à la nature des choses (3); et c'est le Code

« poser des choses de la manière la plus absolue, ***pourvu qu'on « n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements.*** » La fin de cet article suppose évidemment que la chose est en la possession de son maître. Sans cela, quel usage permis ou prohibé pourrait-il en faire ?

(1) Et chez nous, comme le dit M. Portalis, ***pour forcer la délivrance*** (*manu militari*).

(2) Disc. prélim.

(3) Il en est de même du Code pénal. Si ce code avait adopté le principe du Code civil sur la transmission de la propriété, il eût été conséquent de punir comme voleur, ou tout au moins comme coupable d'abus de confiance, quiconque, ayant déjà vendu sa chose mobilière, la vend et la livre à un second acheteur, la détourne ou la dissipe de toute autre manière. Pourquoi donc ce vendeur de mauvaise foi n'encourt-il que la peine civile des dommages et intérêts ? C'est que le premier acheteur n'ayant jamais eu la possession, il ne fut jamais ***propriétaire***. Il n'a donc pu y avoir ni soustraction frauduleuse, ni détournement ou dissipation ***de la chose d'autrui***.

civil qui s'en est écarté, en érigeant en loi un principe contraire (1).

(1) Pour justifier ce principe on a dit que, chez les Romains eux-mêmes, la tradition n'était pas toujours nécessaire, et qu'il en est ainsi parmi nous du testament, du legs et de la règle *le mort saisit le vif.* Mais tout cela est de pur droit civil, et nous raisonnons ici en pur droit naturel. L'objection ne conclut donc pas ; et, quant à la donation entre-vifs, mode d'acquérir *jure gentium*, c'est le Code civil qui en a fait un contrat : elle n'en est pas un dans le droit naturel.

On a dit encore (et ce n'est pas là une argumentation) que le nouveau système fait la conquête du monde. Il est vrai qu'il a reçu les honneurs de l'adoption dans les Deux-Siciles, en Sardaigne, à la Louisiane, dans le canton de Vaud et à Saint-Domingue, peut-être encore dans quelques autres États du même ordre. Mais en Prusse il n'est pas admis; en Hollande, dans l'Autriche allemande et italienne, ces pays classiques du droit, illustrés, comme la Prusse, par tant de profonds jurisconsultes anciens et modernes, l'art. 1583 a été condamné sciemment et unanimement, et nous ajoutons contradictoirement, car les Codes de l'Autriche et de la Hollande ont été promulgués longtemps après le nôtre. Rien n'égale, en ce point, la justesse et la précision du Code prussien : « La vente (porte « l'art. 3, tit. 10, part. 1) est un contrat par lequel l'une des « parties s'oblige à céder la propriété d'une chose, et l'autre à la « payer.

« L'acquisition de la propriété n'est parfaite que par la tradition « réelle, etc..... » Voilà bien l'obligation distinguée de l'exécution.

CHAPITRE QUATRIÈME

Fondement des dispositions de la loi sur la preuve; vérités qu'il est donné à l'homme de connaître; diverses espèces de certitude; les vérités de fait sont seules du ressort de la loi;

Divers moyens de prouver les conventions.

SOMMAIRE.

121. Diverses circonstances peuvent rendre nécessaire la preuve de la convention.
122. En matière de preuve judiciaire, peut-il exister quelque certitude?
123. Des vérités que l'homme peut connaître, les unes sont nécessaires, les autres sont contingentes.
124. Diverses espèces de certitude; on ne doit pas les confondre.
125. Les vérités dont les lois ou les juges s'occupent sont, en général, des vérités de fait; non susceptibles d'une démonstration mathématique, elles peuvent cependant opérer conviction.
126. Deux propensions de l'homme, l'une à dire vrai, l'autre à croire au témoignage de ses semblables; cependant il n'arrive pas toujours à la certitude d'un fait.

127 Dans l'intérêt de tous, la loi exige que certains faits soient constatés suivant un mode réglé, ou détermine comment ils peuvent l'être; ces manières réglées par la loi d'établir un fait sont appelés *preuves* dans le langage des Prudents.

128. Principe inhérent à la fin des lois et au but de la justice : *actori incumbit*...

129. Les preuves des conventions se réduisent à cinq espèces : acception philosophique du mot *présomption;* définition qu'en donne l'art. 1349; l'aveu, le serment, la chose jugée, ne sont pas des présomptions dans le sens de cette définition.

130. Outre les modes de prouver du droit civil, le droit commercial en a qui lui sont propres.

131. La convention peut se constater par dix moyens de preuve ; lesquels.

121. — La convention formée, les dénégations, la faillite ou le décès de l'un des contractants, peuvent imposer à l'autre la nécessité d'en établir la preuve ; souvent aussi, des tiers ont intérêt à en prouver l'existence. C'est sous ce double rapport que le sujet doit être examiné.

122. — Mais, avant tout, qu'appelle-t-on *preuve judiciaire?* Pour le savoir, il faut examiner d'abord si, en cette matière, il peut exister quelque certitude et s'assurer quelle en est la nature ; puis voir si les dispositions de la loi sur la preuve n'ont qu'un fondement rationnel ou qu'un fondement arbitraire, ou bien si le principe en est pris tout à la fois dans la raison humaine et dans la volonté législative.

123. — Dieu nous a créés capables de connaître quelques vérités. C'est pour l'accomplissement de cette fin que

l'homme est doué d'une conscience qui sait par elle-même (*mens conscia*), et d'une intelligence qui peut savoir. Mais combien de vérités auxquelles nous ne pouvons atteindre! Celles que le Créateur a mises à la portée de notre faiblesse se réduisent à ces deux catégories :

Les unes sont appelées *nécessaires*, *éternelles*, *constantes*, parce qu'elles ne dépendent ni des temps, ni des lieux, et qu'elles existent dans tous les points de l'espace et de la durée. Par exemple, si l'on suppose que deux choses ressemblent à une troisième, il est certain que ces deux choses se ressemblent. Voilà une vérité *constante*, c'est-à-dire, une proposition qui a toujours et partout été vraie, qui l'est encore partout, et qui partout le sera toujours.

Les autres, parce qu'elles n'ont de réalité que dans des temps et des lieux déterminés, sont dites vérités *de fait*, vérités *contingentes*, *passagères*. Ainsi c'est un fait certain, une vérité, qu'il existe un code de commerce; mais ce code n'existe point partout, il n'était pas il y a cinquante ans, peut-être n'existera-t-il pas toujours.

Néanmoins les vérités des deux catégories sont également des vérités; les unes ne le sont pas plus, ni ne le sont pas moins que les autres, et toutes sont encore également susceptibles de certitude en ce sens que, quand nous les avons atteintes, nous sommes forcés de les croire, et devons être déterminés à les prendre pour base de nos raisonnements, pour règle de nos actions. Mais si toutes peuvent forcer notre conviction, toutes n'opèrent cependant pas une certitude de même nature. Le Créateur qui a voulu que l'intelligence de l'homme fût servie par des organes, lui a aussi départi des modes divers de conviction, appropriés aux vérités qu'il lui est donné de connaître.

124.—L'évidence mathématique, l'évidence du raisonnement, l'évidence de la conscience, l'évidence du rapport des sens, l'évidence du témoignage des hommes, produisent chacune des certitudes, mais des certitudes qui se différencient par la différence des moyens qui servent à les acquérir. Vouloir que l'évidence soit en tout et sur toutes choses la même, ce serait méconnaître les conditions auxquelles l'homme peut savoir.

Gardons-nous de confondre les diverses espèces de certitude. Si chacune d'elles n'est exclusivement appliquée à l'ordre de choses qui lui est propre, que de méprises, que de funestes égarements ! La vérité mathématique est la seule susceptible d'une démonstration rigoureuse par le seul secours de nos lumières naturelles. Si on ne recherche et si l'on n'admet que cette espèce d'évidence dans des vérités de fait, des vérités de religion, par exemple, on tombe inévitablement dans le scepticisme le plus déplorable. Ne voulez-vous juger que par la raison seule des attributs et des phénomènes du monde extérieur, elle vous entraîne dans l'idéalisme pur, et tout ce qui vous environne n'est qu'une illusion continuelle. Quand d'une hypothèse donnée, *v. g.*, d'une définition mathématique, je déduis logiquement une conséquence, le résultat est certain. Je puis aussi, par le sentiment du juste et de l'injuste que Dieu a mis en moi, conclure avec certitude qu'un fait donné est ou n'est pas conforme à la justice, et suis également sûr de la vérité de mes deux conséquences. Mais la certitude de l'une ne me parvient point par les mêmes voies que la certitude de l'autre. Aussi les deux certitudes ne sont-elles pas de même nature ; chacune d'elles est *sui generis*. Pourquoi ? c'est que la première n'affirme qu'une connexion nécessaire entre l'hypothèse et la conclusion, pure opération

de l'esprit, où la conscience n'a nul intérêt; tandis que, si l'intelligence concourt aussi à la seconde, celle-ci implique de plus un jugement avec moralité. La conscience a donc son évidence propre.

125. — En général les vérités dont les lois judiciaires s'occupent, et dont le juge doit rechercher ou reconnaître la certitude, sont des vérités *contingentes*, des faits allégués d'une part et déniés ou contestés de l'autre, qui peut-être n'existent pas, ou dont l'existence actuelle, si elle a de la réalité, est limitée dans le temps et l'espace, des faits qui peuvent être aujourd'hui, et ne pas être ou ne pas se reproduire demain; en un mot des faits qui commencent et qui finissent. Quiconque n'en est pas auteur et n'y a pas activement ou passivement participé, ne peut les connaître que par le témoignage des sens, ou par celui des hommes. Si, pour preuve d'un fait de cette espèce, on exige une démonstration mathématique, il est sensible qu'on intervertit l'ordre de la nature, c'est, en quelque sorte, demander à voir des sons et à entendre des couleurs. Mais bien qu'un pareil fait ne puisse être démontré (car, rigoureusement parlant, un fait ne se démontre pas), nous pouvons en acquérir une conviction exclusive de tout doute. Or, relativement au juge, sa conviction, fût-il dans l'erreur, sera la certitude, la vérité même, puisqu'il ne dépend pas de lui de soustraire sa conscience à une conviction qu'elle éprouve. La conviction n'est pas un acte de la volonté.

126. — Au reste, loin d'opposer volontairement de l'incrédulité au témoignage de ses semblables, l'homme est naturellement enclin à y croire, et c'est une grande preuve des desseins de Dieu sur lui.

En effet, nés pour vivre en société, nous sommes doués de deux propensions nécessaires à notre sociabilité, et, s'il était permis de parler ainsi, nous dirions que Dieu en a formé la trame de notre esprit.

Quelqu'un a dit que la parole avait été donnée à l'homme pour déguiser sa pensée. C'est le peindre façonné aux fourberies diplomatiques. Mais interrogez la nature, et vous verrez que, par instinct, l'homme est porté à dire vrai. La société humaine serait impossible, sans la persuasion qu'un même langage exprimera la même chose, et un même mot, la même pensée. Lorsque après le déluge, dont les preuves vivent encore partout, et les souvenirs jusque dans les fables du paganisme, les hommes, craignant le retour de cet épouvantable cataclysme, imaginèrent d'élever une tour jusqu'au ciel, Dieu n'eut qu'à confondre les langues, et tous se dispersèrent faute de s'entendre.

En second lieu, oubliez un moment l'homme envahi par les mauvaises passions. Prenez-le surtout au fond des campagnes, étranger au luxe, aux intrigues, à la débauche, en un mot, le plus près que vous pourrez de la nature, et vous le trouverez facile à persuader, écoutant avidement et croyant sans défiance ce qu'on lui dit, ce qu'on lui raconte, ce qu'on lui rapporte. C'est sur cette disposition native à croire, qui peut subir des altérations, mais jamais se perdre entièrement, que reposent, comme sur leur base, l'éducation de l'enfant, la confiance dans les promesses, la garantie des affaires humaines, et tous les autres liens de la société.

Nous avons donc reçu ce qu'il faut pour persuader et croire. Or, dans quel but, si nous ne devions jamais parvenir à la certitude d'aucun fait?

Mais ce n'est pas à dire que nous y parvenions toujours. Souvent la conviction nous fuit ; plus souvent encore elle

ne nous parviendra qu'après avoir parcouru tous les degrés de la probabilité. Il aura fallu la chercher laborieusement dans la combinaison des éléments très-variables dont elle se compose, comme la nature du fait, le lieu où il s'est passé, les circonstances de temps, le caractère des témoins, leur nombre, leur moralité, etc. Ajoutons que, subjugués par l'intérêt, l'esprit de cabale et tant d'autres mauvaises passions, nous nous laissons entraîner par de faux raisonnements, sans leur opposer toujours les moyens physiques et intellectuels qui nous ont été départis pour distinguer la vérité de l'erreur et la sincérité de l'imposture.

Les vérités de fait parviennent donc à notre connaissance par le rapport des sens et le témoignage des hommes ; mais quoique l'un et l'autre soient des moyens de certitude, nous pouvons nous tromper et être trompés, s'ils ne sont employés avec prudence et discernement. Quelquefois même, toutes les précautions possibles seront impuissantes à *dégager l'inconnue;* c'est un cas pour lequel le droit a des règles faites.

127.—Comme la fortune ainsi que l'état de tous reposent sur la foi due à certains faits qui, laissés dans le doute, porteraient le trouble au sein de la société, par exemple, les naissances, les mariages, les décès, les conventions matrimoniales, etc., la loi exige qu'ils soient constatés suivant un mode réglé, et, quand elle ne prescrit point un acte, elle détermine comment on peut arriver à la constatation du fait; soins inutiles, s'il était dans notre destinée de n'en connaître aucun avec certitude.

Ce sont les manières réglées par la loi d'établir un fait contesté qu'on appelle *preuves*, dans le langage des Pr. dents : *Probatio est rei dubiæ per legitimos modos judici*

facienda, in causis apud judicem controversis. Possible que le fait n'ait pas existé, ou qu'il n'existe plus, ou qu'il existe autrement que des témoins le disent ou qu'un écrit le constate. Mais, par la nature des choses, tout ce qu'en pareille matière on peut exiger du juge, c'est sa conviction relative, c'est-à-dire *un motif raisonnable, et qui ne blesse aucune loi, d'admettre qu'un fait existe ou qu'il n'existe point*, et de juger en conséquence. Nous disons *sans blesser aucune loi*, car il est certains faits que la loi tient *à priori* pour la vérité même, ne laissant au juge d'autre soin que d'y appliquer les règles du droit ou des dispositions législatives.

On voit donc que l'appréciation d'une preuve judiciaire et, par suite, la détermination de la conviction impliquent, comme éléments, la raison, la conscience, le rapport des sens, le témoignage d'autrui, l'intelligence du droit.

128.—La fin des lois, c'est le maintien de la société par la justice distributive (*jus suum cuique tribuere*). Cette fin ne peut être accomplie sans un débat judiciaire qui lui-même ne peut s'engager sans un demandeur d'une part, un défendeur de l'autre, et un juge qui décide. Or, un principe inhérent à la fin des lois et au but de la justice, c'est que celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver, et que celui qui s'en prétend libéré doit prouver sa libération : *Qui non probat dicitur jure carere.* Ce principe fondé sur la raison et consacré par la loi (art. 1315 C. civ.) est le fondement de toute discussion judiciaire dans le droit commercial, comme dans le droit civil.

129.—Mais comment se fera la preuve de la demande et de l'exception? Par quels actes, par quels moyens, par

quels documents? Domat, traitant des preuves des conventions, les réduit à cinq espèces : la preuve écrite, la preuve testimoniale, les présomptions, l'aveu, le serment. Le Code civil, en cela moins judicieux que Domat, a rangé au nombre des présomptions, *la chose jugée, l'aveu, le serment.*

Dans l'acception philosophique du mot *présomption*, toutes les preuves judiciaires ne seraient que des présomptions, puisqu'en remontant à leur source, toutes reposent sur le rapport des sens et le témoignage des hommes, qui, à la rigueur, peuvent tromper; mais le Code civil restreint cette assertion, en définissant les présomptions, *des conséquences que la loi ou le juge tire d'un fait connu à un fait inconnu* (art. 1339 C. civ.). Suivant cette définition, l'aveu, le serment et surtout la chose jugée, ne sont pas plus des présomptions que l'acte notarié, que l'acte sous seing privé, que le témoignage oral, qu'elle qualifie de preuves.

La chose jugée *pro veritate habetur.* La loi la tient et l'impose pour vraie, ne le fût-elle pas. S'il est jugé en dernier ressort que je suis votre commissionnaire, le fait est aussi incontestable, et même plus en quelque sorte, que si j'en avais passé la reconnaissance dans un acte authentique, dans un écrit sous seing privé, ou devant dix témoins. On conçoit bien qu'interrogé sur ce fait, tout tiers désintéressé fera prudemment de répondre qu'il le *présume* vrai, y ayant présomption que le juge ne s'est pas trompé. Mais, entre nous, rien de problématique. Le fait que je suis votre commissionnaire étant irréfragable, il n'y a plus à en rechercher la vérité par les voies incertaines de la présomption. Ce serait partir d'un but pour vouloir y arriver.

Dans le sens de l'art. 1349 du Code civil, l'aveu et le

serment ne sont pas plus des présomptions que la chose jugée, l'acte authentique, etc. Quand je confesse une obligation, il n'est ni jugement, ni écrit signé de moi, qui l'emporte en certitude sur mon aveu; mon aveu offre même plus de certitude rationnelle. Rien n'est à présumer. C'est là une preuve, ou il n'y en a pas; et, lorsque, constitué juge dans ma propre cause par mon adversaire qui s'en rapporte à ma conscience, je jure que telle convention a eu lieu entre nous, le fait est tenu pour aussi vrai que si la preuve en était authentique. Rien encore n'est à présumer.

A l'exemple de Domat et nonobstant la loi civile, nous appellerons donc *preuves* le serment et l'aveu, réservant le mot de *présomption* pour ce qui en a réellement le caractère d'après l'art. 1349, et suivant la doctrine. Mais, l'objet de la preuve judiciaire étant de rechercher, par des modes prescrits, une vérité que l'on ignore, *indagatio veri per legitimos modos*, nous traiterons du serment et de l'aveu, sans nous occuper de la chose jugée, parce qu'entre eux et la chose jugée, il existe cette notable différence que, quand je demande l'aveu ou le serment de mon adversaire, le fait n'est pas encore réputé certain; il ne le sera qu'après le serment ou l'aveu; tandis qu'en vertu de la chose jugée, vrai ou faux, le fait est tenu pour vrai *à priori;* c'est une preuve faite. Y a-t-il ou n'y a-t-il pas chose jugée? Le juge n'a rien de plus à se demander; or, c'est là une question qui, sous aucun rapport, n'a rien de spécial aux affaires du commerce.

130.—Dans le droit commercial, comme dans le droit civil, certaines preuves sont prohibées, d'autres astreintes à un mode particulier. Mais, en général, les preuves judiciaires s'appliquent à toutes sortes de conventions, et

celles du commerce surtout, vu les circonstances fugitives qui souvent les occasionnent, exigent qu'on puisse découvrir la vérité par tous moyens honnêtes. Voilà pourquoi, outre les modes de prouver dans le droit civil, le droit commercial en a qui lui sont propres, *v. g.*, les livres, les bordereaux des courtiers ou agents de change, la correspondance et la preuve par témoins toujours admissible, sauf un petit nombre de cas spéciaux, et toujours en dehors des limites étroites où le Code civil la renferme.

131. — La convention se constate :

1° Par actes publics;

2° Par actes sous signature privée;

3° Par le bordereau ou arrêté d'un agent de change ou courtier dûment signé par les parties;

4° Par une facture acceptée;

5° Par la correspondance;

6° Par les livres des parties;

7° Par la preuve testimoniale, dans les cas où le tribunal croira devoir l'admettre (art. 109 C. comm.).

La convention peut encore être constatée :

8° Par les présomptions dont parle l'art. 1353 du Code civil;

9° Par l'aveu ou la confession des parties (art. 1354 C. civ.);

10° Par leur serment (art. 1357 C. civ.).

Ces dix moyens de preuve feront la matière d'autant de paragraphes.

---

§ I

DES ACTES PUBLICS.

SOMMAIRE.

132.—Dans son acception la plus étendue, cette dénomination embrasse tous actes quelconques, quel qu'en soit l'objet, que font, ou auxquels concourent des fonctionnaires ou officiers publics compétents. Ainsi les arrêts et

jugements des cours et tribunaux, les actes administratifs, ceux émanés de la justice de paix contentieuse ou conciliatrice, les actes notariés, les actes et jugements des consuls français en pays étranger, les actes de l'état civil, les exploits d'huissier, etc., sont tous autant d'actes publics.

Mais l'acte *public* que l'art. 109 du Code de commerce met au premier rang des moyens de constater une vente, employé dans le même article par opposition à l'acte *sous seing privé*, ne peut être autre chose que l'acte *notarié. Public* n'était pas le mot ; ou cette expression a l'acception que nous lui donnons, ou elle n'en aurait aucune déterminée.

L'éminente prérogative d'un tel acte est de faire pleine foi de la convention qu'il renferme entre parties contractantes et leurs héritiers ou ayants-cause, de pouvoir contenir des stipulations hypothécaires, d'être exécutoire contre celui qui est obligé, sans qu'un jugement en ordonne l'exécution, et de prouver contre tous *rem ipsam*, c'est-à-dire, le fait même de la convention.

133.—Il n'est pas de notre sujet d'exposer la théorie des actes de cette espèce. Il en est traité avec beaucoup d'étendue et d'érudition dans le huitième volume de M. Toullier. C'est accidentellement que le commerce a recours aux actes notariés, presque toujours dispendieux et en dehors de ses habitudes.

Cependant il se peut que des circonstances particulières déterminent les contractants à préférer ce mode de constater leurs engagements. Ainsi aujourd'hui il n'est pas rare qu'une banque ne promette ouverture d'un crédit un peu considérable, que moyennant une hypothèque qui lui assure le remboursement des traites qui seront fournies

sur elles, ou du papier dont elle sera couverte. C'est au jour de l'inscription prise que se reporte l'effet de l'hypothèque, bien qu'il n'ait été fait usage du crédit que postérieurement ; sans cela tout le système de crédit commercial foncier serait ou impossible, ou illusoire.

134.—Lorsque la convention intervient entre Français dans un pays où réside un consul de leur nation, l'acte, pour être authentique, doit être passé en la chancellerie du consulat, en présence de deux témoins qui sachent signer (art. 25, tit. 9, liv. Ier, ordonnance de la marine de 1681). A la vérité, cet article ne parle que des contrats maritimes ; mais il n'en est pas moins certain que tous autres contrats entre Français peuvent être reçus par le chancelier du consulat. L'art. 31 de l'ordonnance du 4 mai 1728 leur défend même d'en passer aucun par-devant les notaires publics des lieux, *à peine de nullité.* « Le chancelier, dit Valin sur l'article cité de l'ordon- « nance de 1681, est tout à la fois le notaire et le gref- « fier de la nation... les actes reçus par le chancelier « emportent hypothèque, et sont aussi exécutoires... que « s'ils étaient passés par-devant des notaires en titre « d'office. »

M. Pardessus (*Cours de droit commercial*, t. 4, p. 146) enseigne aussi que « le chancelier exerce les fonctions de « notaire pour la rédaction des conventions que les indi- « vidus de sa nation veulent passer en forme authentique... « et que ces actes ont *la même force, en France, que ceux* « *des notaires.* »

135.—Il est vrai que l'art. 2128 du Code civil porte : « Les contrats passés en pays étranger ne peuvent don- « ner hypothèque sur les biens de France ; » mais sa dis-

position finale, ainsi conçue : *s'il n'y a des dispositions contraires à ce principe dans les lois politiques ou dans les traités*, prouve évidemment que la prohibition n'atteint que les sujets d'une autre puissance. Des Français stipulant entre eux, dans quelque pays que ce soit, devant un officier public nommé par le gouvernement, sont toujours réputés contracter sous l'empire et la protection de la loi française. Nous pensons même que si un étranger, ayant des immeubles en France, les hypothéquait à un Français par acte reçu en la chancellerie consulaire de France, un tel acte aurait l'exécution parée, et serait un titre très-valide pour prendre inscription hypothécaire ; tandis que l'étranger ne jouirait pas de la même prérogative, à moins que son pays ne se trouvât dans l'une des exceptions mentionnées en l'art. 2128 du Code civil.

136. — Il est essentiel d'observer que les actes passés en pays étranger, même dans la chancellerie consulaire, ne font aucune foi, en France, s'ils ne sont légalisés par le consul lui-même, ou par un officier qui ait droit de le représenter. C'est ce que porte l'art. 23 du tit. 9, liv. Ier, ordonnance de 1681.

137. — Quant aux actes dressés devant les officiers publics d'un pays étranger où il ne se trouve point de consul français, nul doute qu'ils ne fassent pleine foi de leur contenu, s'ils sont revêtus des formes prescrites dans les lieux où ils ont été passés. C'est une conséquence de la maxime : *Locus regit actum*. Ces actes doivent être légalisés, à défaut de consul, comme le dit Valin (*loco cit.*), « par « l'ambassadeur résidant ou envoyé du roi, ou, si cela n'est « pas praticable, par un certain nombre de notables négo- « ciants de la nation. » Revêtus de cette formalité, ils

feront foi devant les tribunaux français; mais il faut qu'un jugement les rende exécutoires. C'est une conséquence des art. 2128 du Code civil et 546 du Code de procédure civile.

---

§ II

DES ACTES SOUS SIGNATURE PRIVÉE.

SOMMAIRE.

138. Ce qu'on appelle acte sous seing privé; quelle foi lui accorde le droit civil; sa forme.
139. Les transactions commerciales sont affranchies des formalités des art. 1325, 1328 du Code civil, à moins qu'une loi spéciale ne les y ait assujetties.
140. Deux règles fondamentales applicables à tout écrit sous seing privé, en matière de commerce, comme en matière civile.
141. L'acte sous seing privé n'est point, en général, assujetti pour sa validité aux formes spéciales exigées dans l'acte notarié.
142. La seule chose essentielle, c'est qu'il soit signé.
143. Il n'est pas nécessaire qu'il soit signé dans le même lieu, dans le même moment, ni que chaque original porte la signature des deux contractants; il suffit que l'original dont l'un est saisi soit signé de l'autre.

138. — L'acte sous signature privée est celui que les parties rédigent elles-mêmes, sans le ministère d'officiers publics, ou qu'elles souscrivent, après l'avoir fait écrir par une main étrangère. Quand la partie adverse ne dé

clare point les dénier ou ne pas les reconnaître, ces actes ont, entre les contractants, leurs héritiers et ayants-cause, la même foi que l'acte authentique (art. 1322 C. civ.). Mais à l'égard des tiers, bien que ces mêmes actes prouvent légalement le fait de la convention, *rem ipsam*, leur date ne devient certaine que par l'enregistrement ou l'évidente impossibilité de l'antidate (art. 1328 C. civ.).

Lorsque la convention est synallagmatique parfaite, c'est-à-dire, quand il y a simultanéité d'obligations de part et d'autre, les actes sous seing privé ne sont pas valables, en ce sens qu'ils ne prouvent point par eux-mêmes, si on ne les a mentionnés faits en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct (art. 1323 C. civ.).

139. — Telles sont, dans le droit civil, les principales règles de l'acte sous signature privée ; mais le commerce en est affranchi pour toutes les transactions qu'une loi spéciale n'y a pas assujetties. Par exemple, dans l'espèce d'une société en nom collectif ou en commandite, formée par acte sous signature privée, l'acte sera nul s'il n'est multiple, si chaque original ne contient la mention d'un nombre d'originaux égal au nombre des parties ayant un intérêt séparé. Il sera nul, disons-nous, du moins à l'égard de celui qui ne l'aura pas exécuté volontairement, parce que, dans le cas posé, l'art. 39 du Code de commerce veut que les contractants se conforment à l'art. 1325 du Code civil. Mais le soin même que le législateur a pris de le dire pour ce cas, prouve qu'en général l'article est sans application aux contrats du commerce. Il en est de même de l'art. 1328 qui prescrit, pour la certitude de la date, des formalités incompatibles avec la rapide succession des engagements commerciaux, et mêmes inutiles pour la

constatation des époques, puisqu'elles doivent être inscrites aux livres (1).

On ne prononcerait donc pas, dans le commerce, la nullité d'un acte de vente, d'échange, ou de tout autre contrat consensuel, même synallagmatique parfait, sur le motif qu'il n'aurait pas été rédigé double, triple, etc. Pareillement, des tiers intéressés ne pourraient, en invoquant l'art. 1328 du Code civil, prétendre que ces mêmes actes « n'ont de date contre eux que du jour où ils ont été « enregistrés, du jour de la mort de celui ou de l'un de « ceux qui les ont souscrits, ou du jour où leur substance « est constatée dans des actes dressés par des officiers « publics, tels que procès-verbaux de scellés ou d'inven- « taires. » Dans le droit commercial, la sincérité des dates est présumée aussi longtemps qu'on n'en prouve pas la fraude qui fait exception à toute règle (2). Au reste, ce qui vient d'être dit de la vente, de l'échange, etc., s'applique sans nulle difficulté à un contrat de commission formé par acte sous signature privée.

140. — Il est deux règles fondamentales auxquelles les actes sous seing privé, et tous écrits non authentiques, restent soumis en matière commerciale comme en matière civile.

La première, c'est que celui auquel on attribue et l'on oppose un écrit de cette nature, est tenu de l'avouer ou de le dénier formellement : son silence serait un aveu.

La seconde, c'est qu'en cas de dénégation, la preuve

(1) M. Pardessus, *Cours de droit commercial*, 1re édit., t. 1, p. 241 ; M. Toullier, t. 8, n° 230.

(2) Quæ dolo malo facta esse dicentur, si de his rebus alia actio non erit, et justa causa videbitur, judicium dabo. L. 1, D. *de dol. mal.*

incombe à celui qui fonde sur un tel écrit une demande ou une exception.

Quant à l'héritier ou ayant-cause de celui dont on prétend que l'écrit émane, il n'est pas, comme l'auteur prétendu de cet écrit, astreint à une dénégation formelle ; il suffit qu'il déclare ne pas le reconnaître, pour constituer l'autre partie dans l'obligation de le faire vérifier.

Mais qu'il y ait dénégation formelle de l'écriture, ou seulement refus de la reconnaître, la vérification en peut être ordonnée, *tant par titres que par experts et par témoins*. Ces expressions de l'art. 195 du Code de procédure ne sont pas limitatives. Le serment, l'interrogatoire sur faits et articles, les présomptions morales, etc., en un mot tous les genres de preuve que la loi autorise, peuvent concourir à cette vérification.

Ce qui précède fait voir le grand avantage que l'acte authentique conserve toujours sur l'acte sous seing privé, la vérité de l'un ne pouvant jamais être attaquée que par la voie de l'inscription en faux, tandis que l'autre peut être soumis, par la volonté seule de celui à qui on l'oppose, à toutes les incertitudes d'une vérification souvent difficile, quelquefois même impossible.

141. — Au reste, sauf quelques rares exceptions, l'acte sous seing privé n'est assujetti, pour sa validité, à aucune de ces formes spéciales que la loi du 25 ventôse an XI exige dans les actes notariés.

Ainsi la date, comme nous l'avons déjà dit, n'y est pas pas nécessaire à peine de nullité. Mais ce n'est pas un motif de la négliger. Elle est surtout utile pour invoquer la prescription et faire connaître si l'acte n'a pas été souscrit par un mineur, un interdit, un failli, une femme en puissance de mari. A la vérité, la date des actes sous

seing privé, étant un fait, peut, en général, entre toutes personnes et surtout dans le commerce, être constatée par témoins et par tous autres genres de preuve; mais toujours y a-t-il de l'imprudence à s'exposer aux lenteurs dispendieuses de ces sortes de procédure et à l'incertitude de leur résultat.

En général, la date est suffisante quand elle exprime le jour, le mois et l'année (Merlin, v° *Testament*, et Favard de Langlade, v° *Date*). Néanmoins l'usage est d'indiquer le lieu ; cette indication est même essentielle, *v. g.*, dans la lettre de change (art. 110 C. comm.), pour constater qu'elle est tirée d'un lieu sur un autre, sans quoi elle dégénère en simple promesse. L'indication du lieu a aussi son utilité en matière de commission dans le cas de l'art. 95 du Code de commerce.

Quant aux actes souscrits par les parties, il n'est pas nécessaire qu'ils soient écrits de la main de ceux qui les souscrivent, ni même qu'ils en approuvent l'écriture et le contenu. Nul n'est censé avoir souscrit un acte sans l'avoir lu ou entendu lire. La signature qu'on y appose en est l'expression non équivoque.

La prudence conseille d'approuver les ratures; mais cette formalité n'est pas indispensable, la loi ayant laissé la forme des actes sous seing privé dans les purs termes du droit naturel (arrêt de cass. Sirey, t. 10, 1, 289).

142. — La seule chose essentielle, c'est que l'écrit soit signé par celui qui s'oblige ; encore faut-il remarquer avec M. Toullier, *ubi suprà* n° 260, que ceci ne s'applique qu'aux actes proprement dits, c'est-à-dire, pour nous renfermer dans notre spécialité, aux *premiers écrits* ayant pour objet de constater une offre ou son acceptation ; car

il y a des écritures qui, même non signées, peuvent former non-seulement un commencement de preuve, mais une preuve complète d'une pareille convention. Tels sont, par exemple, les livres des commerçants (art. 12, 13 C. comm.).

Mais pour ce qui est du premier écrit, de l'*acte* proprement dit, il ne prouve rien et n'oblige à rien par lui-même, qu'il ne soit signé. Si donc un négociant reçoit, sans signature, une lettre qui lui propose une opération, il doit la retourner à l'envoyeur pour qu'il la signe. Vainement, s'il avait agi, alléguerait-il que l'envoi de la lettre prouve la volonté arrêtée de son auteur. Celui-ci pourrait répondre que sa lettre, même en la supposant de sa main, n'était qu'un simple projet, et qu'elle n'a été mise à la poste que par mégarde. Cette défense serait, surtout, péremptoire, si sa lettre n'était ni transcrite sur son livre de correspondance, ni mentionnée sur aucun de ses autres livres. On sent néanmoins qu'en pareil cas, les circonstances peuvent influer sur la décision du juge, comme si, *v. g.*, la missive était transcrite ou mentionnée sur les livres, si l'envoi des marchandises ou effets qu'elle indique l'avait précédée, suivie ou accompagnée, etc. Mais alors ce sont ces faits, ce sont les livres qui prouvent le mandat, et non la lettre qui, isolée, serait inutile.

143. — Nous parlerons tout à l'heure de la correspondance ; mais pour en revenir aux actes qui nous occupent en ce moment, et qu'on désigne sous les dénominations de *traité*, *convention*, *police*, *billet double*, etc., il n'est pas nécessaire, pour leur validité, qu'ils soient signés dans le même lieu, ni dans le même moment. Toutefois l'acte n'est parfait que par la signature de celui qui le souscrit le dernier. Le lieu et le jour où il signe sont exclusivement

le lieu et la date de la convention, remarque importante en ce qui touche les priviléges, les prescriptions, la compétence, les polices d'assurance, la commission, etc.

On a agité autrefois la question de savoir si, dans l'espèce d'un acte synallagmatique sous seing privé, il fallait, pour sa perfection, que chaque original fût signé des deux contractants. Depuis longtemps la négative est hors de toute controverse. Il suffit que l'original, dont chacune des parties est saisie, soit signé de l'autre, même dans le cas où, après le décès de l'une d'elles, l'acte serait produit par ses héritiers ou ayants-cause.

---

§ III

DU BORDEREAU OU ARRÊTÉ D'UN AGENT DE CHANGE OU COURTIER, — DUMENT SIGNÉ PAR LES PARTIES.

SOMMAIRE.

144. Pourquoi il n'est question ici que du bordereau du courtier; le courtier agit toujours à découvert.
145. Diverses sortes de courtiers; pour tous, le mode d'agir est le même.
146. Ce que fait le courtier lorsqu'il se met directement en rapport avec un autre courtier, ou qu'il s'entremet seul entre deux clients.
147. D'où vient la force probante du bordereau?
148. Le livre du courtier peut-il suppléer au bordereau, s'il s'est perdu ou qu'il n'en ait point été dressé? Il n'a plus un caractère authentique.
149. Les courtiers sont tenus de conserver leurs livres pendant dix ans.
150. Le témoignage du courtier peut-il être admis comme preuve supplétive d'une convention dont il n'a pas été dressé de bordereau, et non consignée sur les livres?
151. Trois cas différents peuvent se présenter.
152. Premier cas, celui où il n'a pas été dressé de bordereau; on a jugé à tort que le témoignage du courtier est inadmissible.

144. Les achats et ventes, et, par analogie, les conventions commerciales de même nature, *v. g.*, l'échange, la commission, se constatent *par le bordereau ou arrêté d'un agent de change ou courtier, dûment signé des parties.*

Par le bordereau d'un agent de change ou d'un courtier; car le Code de commerce ne distingue ces deux sortes d'agents, que par l'espèce de négociations dont ils s'entremettent ; l'agissement de l'un et de l'autre n'est qu'une entremise (art. 74, 85, 86 C. com.), et, en tant qu'ils restent simples intermédiaires, nulle différence dans la preuve qui résulte de leurs bordereaux. Toutefois il ne sera parlé en ce paragraphe que des courtiers, parce que les agents de change ayant dévié, par un usage né de la contradiction des lois qui les concernent, de l'entremise à laquelle l'art. 74 suppose qu'ils doivent se borner, et traitant directement les uns avec les autres pour compte de leurs clients, ce n'est plus leurs fonctions légales qu'ils remplissent, mais bien réellement le mandat de commissionnaire.

Il n'en est pas ainsi du courtier, et la différence provient de ce qu'il ne doit pas le secret aux personnes qui s'adressent à lui. La nature des choses exige même qu'il les fasse connaître, parce que, ne pouvant jamais garantir personnellement l'exécution des marchés dans lesquels

il s'entremet, et ces marchés devant, pour la plupart, n'être exécutés que dans un temps postérieur à celui où ils sont faits, il faut bien que les parties se connaissent mutuellement pour s'assurer de leur mutuelle solvabilité. Le courtier agit donc toujours à découvert, et ne dévie jamais de son rôle d'agent intermédiaire.

Mais on ne comprendrait pas bien comment ce qu'il est tenu de faire pour l'acquit de son office peut servir à la preuve d'un contrat, si l'on n'avait une notion suffisante du mécanisme même de son agissement.

145. — La loi reconnaît :

Des courtiers de marchandises;

Des courtiers d'assurance ;

Des courtiers interprètes et conducteurs de navires ;

Des courtiers de transport par terre et par eau (1).

Mais la différence respective de l'objet de leur agissement n'empêche pas que le mode n'en soit pour tous le même.

Néanmoins, il leur est libre d'agir de deux manières.

146. — Le courtier qui a reçu d'un client le mandat de procurer à celui-ci quelque négociation, peut se mettre directement en rapport avec un autre courtier ayant lui-même un client qui cherche ou consente à faire la contre-négociation de celle qui est demandée ou offerte. Si, de part et d'autre, les propositions et les conditions paraissent acceptables, les deux courtiers mettent leurs clients en présence, leur expliquent l'affaire, donnent les renseignements demandés ; et, quand les parties sont

(1) Il y a de plus à Paris *des courtiers gourmets, piqueurs de*

tombées d'accord, chacun des courtiers inscrit l'opération telle qu'elle est arrêtée, avec toutes ses conditions, sur un carnet à ce destiné, et le montre à l'autre ; précaution sage dont l'objet est de prévenir ou de rectifier, sur-le-champ, toute méprise, tout malentendu possibles. Puis ils remettent à chacune des parties, qui le signent avec eux, un bordereau constatant l'opération conclue, et c'est ainsi qu'elle reçoit sa perfection ; toutefois, dans l'intervalle d'une bourse à l'autre, chaque courtier est tenu de reporter de son carnet, sur un livre revêtu des formes prescrites par l'art. 11 du Code de commerce, l'opération à laquelle il a concouru, avec toutes ses conditions (1).

Toutes ces précautions, toutes ces exigences de la loi sont absolument les mêmes, lorsqu'un courtier s'entremet seul entre deux personnes qui lui ont mutuellement accordé leur confiance, ce qui est le cas le plus fréquent, et même, en quelque sorte, le cas habituel. Toute la différence, c'est qu'il n'a point à montrer son carnet à un confrère, puisque nul autre que lui-même ne s'est entremis dans la négociation.

147. — Observons enfin qu'à la différence des notaires, véritablement fonctionnaires publics, les courtiers, qui ne le sont pas, et sont seulement des officiers publics d'une espèce particulière, ne peuvent conférer à leurs actes, de quelque nature qu'ils soient, ni l'exécution parée, ni une authenticité qui leur soit propre, pas plus qu'y insérer validement des stipulations hypothécaires. Leurs bordereaux, il est vrai, ont, entre les contractants, la même foi

(1) Art. 11 et 12 du règlement du 27 prairial an x.

que l'acte authentique (art. 1322 C. civ.) ; mais c'est de la signature des parties que ces bordereaux tirent leur virtuelle et relative authenticité. La signature du courtier n'a d'autre efficacité que de certifier légalement la vérité des leurs ; et, tout ce qui en résulte, c'est que les contractants, leurs héritiers ou ayants-cause n'en peuvent demander la vérification. La voie de l'inscription en faux leur est seule ouverte.

Au moyen de ces courtes explications, il est aisé de concevoir comment une vente, un marché quelconque peuvent être prouvés par le bordereau d'un courtier. Les bordereaux étant signés des contractants, et la vérité de leur signature attestée, comme on vient de le dire, par celle du courtier, du moment que l'un des bordereaux est produit, il n'y a plus de contestation soutenable de la part de celui qui veut dénier la convention, à moins qu'il ne s'inscrive en faux contre la signature qu'on lui oppose comme la sienne.

148. — Il reste à voir quand, comment et jusqu'à quel point le livre du courtier peut suppléer au bordereau, s'il est perdu ou qu'il n'en ait point été dressé.

Aux précautions minutieuses prises par le législateur pour assurer la tenue exacte et régulière de ce livre-journal, on ne saurait douter qu'il n'y attachât beaucoup d'importance. L'art. 8 de notre Code assujettit bien aussi tout commerçant à tenir un journal qui *présente*, jour par jour, les opérations de son commerce ; mais il n'y est pas dit, comme pour le courtier dans l'art. 84, que ce livre sera tenu *sans abréviations ni chiffres*. Il est libre à un commerçant d'avoir ou de n'avoir pas un *brouillard* ou *main-courante ;* c'est une obligation pour le courtier d'avoir le carnet dont nous avons parlé, et, quoique la loi

ne le soumette à aucune forme spéciale, comme nous l'avons dit encore, l'usage et les règlements intérieurs des bourses veulent qu'il soit coté et paraphé par un syndic ou un adjoint. Les obligations du courtier, sous ce rapport, sont donc plus multipliées et plus rigoureuses que celles du commerçant. La raison en est que, bien souvent, le journal d'un courtier est le seul document où puissent se trouver mentionnés certaines opérations qui, le plus ordinairement, ne laissent pas de traces; par exemple, celles des effets au porteur et des matières métalliques. Enfin, c'est dans son propre intérêt que le commerçant tient son journal; le courtier tient principalement le sien dans l'intérêt des contractants dont il a également eu la confiance, ce qui est une grave présomption de son impartialité. Néanmoins il est certain que son livre n'a point d'authenticité, et ne fait pas foi, par lui-même, des conventions qu'il mentionne. Le courtier n'est point du nombre des officiers publics dont il est parlé dans les art. 1317 et 1319 du Code civil, et c'est à tort que M. Pardessus (1) enseigne qu'un courtier se rendrait coupable de faux, et même de faux en écriture publique, si, contre la vérité, il consignait sur son journal, une convention de nature à causer préjudice à un tiers. Cette erreur provient de ce qu'avant le Code de commerce, les courtiers avaient foi et serment en justice (2). Le juge était donc forcé de tenir pour vraie leur affirmation touchant les négociations conclues par leur ministère, et la Cour de cassation l'a même ainsi décidé par arrêt du 11 fructidor an XIII (3). Le projet de code donnait encore la qualification d'*authen-*

(1) T. 1, p. 111.
(2) Edit du 24 septembre 1724, art. 27.
(3) Sirey, 6, p. 620.

tique au registre du courtier ; mais le conseil d'État supprima cette qualification, et, pour prévenir toute méprise, il fut dit, dans l'art. 109, que les bordereaux feraient preuve quand ils seraient *dûment signés des parties* (1). Le courtier n'a donc pas, comme un notaire, le droit de suppléer par sa signature à la signature des parties qui déclarent ne savoir signer ; par suite son registre ne fait, de plein droit, foi et titre pour ou contre personne ; par conséquent aussi, ce qu'il y inscrirait de contraire à la vérité ne peut constituer un faux, encore moins un faux en écriture publique.

Mais, quoiqu'il n'ait point un caractère authentique, ce journal, s'il est tenu *en bon ordre* (2) et de la manière prescrite, peut être d'un grand secours pour la découverte de la vérité. Voilà pourquoi l'art. 11 du règlement impérial du 27 prairial an x fait obligation aux courtiers *de présenter leurs registres et carnets aux juges et aux arbitres*, ce qui ne doit s'entendre que des arbitres qui jugent, et non des arbitres rapporteurs que le tribunal peut nommer aux termes de l'art. 429 du Code de procédure civile ; à plus forte raison les parties contendantes n'en peuvent-elles exiger la communication. Le journal et le carnet une fois représentés, le juge y a tel égard que de raison. Il est investi, sous ce rapport, du même pouvoir *discrétionnaire* que celui qui lui est conféré par l'art. 12 du Code de commerce, en ce qui touche les livres des commerçants. Il y croit ou n'y croit pas, selon ses lumières et l'impulsion de sa conscience. Mais, d'après

(1) « Cette disposition, disait l'orateur du gouvernement, lève « l'incertitude où l'on était sur la valeur du témoignage isolé d'un « agent intermédiaire du commerce, d'un agent de change ou d'un « courtier. »

(2) Expressions de Jousse.

les détails que nous avons donnés sur la manière dont un courtier tient ses écritures, il faudrait des circonstances bien graves pour qu'on refusât d'ajouter foi à ce qui serait constaté dans son journal et son carnet. Si cependant ces deux documents n'étaient pas d'accord, ils n'auraient certainement plus droit à la même confiance; mais ce ne serait pas toujours un motif de les rejeter l'un et l'autre. Le juge consulterait les circonstances. En général, le carnet doit être préféré, parce que c'est le livre prototype, servi par le courtier lui-même à l'instant où la négociation fut conclue; tandis qu'écrit postérieurement et presque toujours d'une main étrangère, le journal peut contenir des erreurs préméditées.

149. — Au surplus, nul doute que l'art. 11 du Code de commerce ne soit, dans toutes ses dispositions, applicable aux courtiers. Ils sont donc tenus, comme le commerçant proprement dit, de conserver leurs livres pendant dix ans. Les perdre ou les supprimer plus tôt, serait de leur part une négligence ou un dol qui les exposerait à des dommages-intérêts envers les parties en droit d'en exiger des extraits certifiés par eux, ou d'en demander la représentation en justice.

150. — Il reste à examiner si le témoignage oral du courtier peut être admis comme preuve supplétive d'une convention, dont il n'aurait pas dressé de bordereau, et qui ne serait pas consignée sur ses livres.

Dans le droit commercial il est de principe, comme nous l'avons déjà dit, qu'à moins d'une prohibition expresse de la loi, la preuve testimoniale est toujours admissible, à quelque somme ou valeur que puisse s'élever l'objet de la convention alléguée, alors même que les

parties ont pu s'en procurer une preuve écrite. C'est une réserve textuellement exprimée pour le commerce, dans l'art. 1341 du Code civil, et rien n'empêche qu'un courtier ne soit, aussi bien que tout autre, entendu comme témoin, sauf l'appréciation de son témoignage d'après les circonstances.

151. — Or, trois cas différents peuvent se présenter. L'absence du bordereau et de l'inscription du marché sur ses livres peut être due ou à sa négligence, ou à l'usage qui dispense certains marchés de ce mode de constatation, ou enfin à la mauvaise foi de l'une des parties, qui, après la convention formée, aura refusé sa signature. Il est sensible que le témoignage du courtier n'a pas le même poids dans chacune de ces trois hypothèses.

152. — Quant à la première, on a prétendu, bien plus on a jugé (1) que, si les parties ont traité par le ministère d'un courtier qui n'a pas dressé de bordereau légal, son témoignage est inadmissible, et même celui de tous autres. Cette décision ne se fonde que sur une pétition de principe et sur deux erreurs manifestes en droit.

D'abord (pétition de principe), on suppose la preuve orale défendue quand les parties ont contracté directement. Mais quelle est la loi qui fait la prétendue défense? On n'a garde de le dire; la distinction est imaginaire; nul texte ne la consacre ; elle n'est, non plus, la déduction d'aucun principe, et la raison la désavoue, car on ne

(1) V. Journal de jurisp. comm. et marit. par MM. Girod et Clarion, Marseille, t. 1, p. 89 ; t. 6, p. 227.

saurait comprendre pourquoi la preuve vocale serait inadmissible, par cela seul que les parties ont eu recours à l'entremise d'un courtier, qui n'est pour rien dans la formation du contrat, et dont la signature n'a d'autre effet que de certifier la leur.

La première erreur en droit, c'est de dire que, dans le commerce, la preuve par témoins ne doit pas être reçue quand les parties ont été à lieu de se procurer une preuve écrite. La réfutation est déjà faite. Une pareille doctrine est proscrite par les art. 109 du Code de commerce et 1341 du Code civil.

Enfin l'autre erreur n'est pas moins évidente ; c'est de prétendre qu'en recourant à un intermédiaire, les parties ont nécessairement voulu que le contrat n'eût d'existence qu'autant qu'il serait écrit et signé. Mais c'est ignorer la fonction du courtier qui, encore une fois, n'est pour rien dans la perfection du contrat. Sans doute un contrat ne peut valoir que suivant la forme que les parties veulent lui donner. Il n'y aurait donc pas de contrat s'il était prouvé qu'elles ont eu l'intention de faire dépendre son existence de la signature du courtier et de leurs propres signatures. Mais le fait de s'être adressé à lui, ne suffit pas à prouver cette intention, parce qu'il n'y a aucune relation nécessaire entre le fait et la conséquence qu'on en déduit. La preuve, c'est que chaque jour des commerçants vendent et achètent par l'entremise d'un courtier, et se tiennent pour obligés, sans que rien ait été écrit. En un mot, ne confondons jamais l'existence d'un contrat consensuel avec l'écrit ou instrument destiné à en faire la preuve.

Le courtier peut donc être entendu alors même que c'est par sa faute qu'il n'a pas été dressé de bordereau, signé des parties. Mais il ne sera écouté qu'avec beaucoup

de circonspection, parce que, exposé à réparer le dommage que sa faute a pu causer (art. 1382 C. civ.), il ne peut se dire entièrement désintéressé : *cavebit judex* ; et, si quelque autre présomption grave ne vient appuyer un pareil témoignage, il serait téméraire d'en faire la base d'une condamnation.

153. — Le second cas est celui où il n'est pas d'usage de dresser des bordereaux pour certains marchés qui s'exécutent sur-le-champ, ou dont l'exécution suit de très-près la conclusion, comme un placement actuel de marchandises, la négociation de matières métalliques, ou d'effets commerçables, etc... Alors le courtier, s'il jouit d'une bonne réputation, s'il est payé de ses droits ou qu'il n'en ait pas de très-considérables à réclamer, se trouve dans toutes les conditions requises pour qu'un témoin inspire de la confiance. On peut même dire qu'il est, en quelque sorte, un témoin nécessaire, et il est difficile que son témoignage n'entraîne pas la conviction du juge, ou ne le détermine pas du moins à déférer le serment à la partie en faveur de laquelle ce témoignage est porté, pourvu que d'ailleurs le fait ne manque pas d'un certain dégré de vraisemblance.

154. — Enfin, c'est toujours l'application des mêmes principes, lorsqu'après la conclusion d'un marché par le concours des volontés *in idem placitum*, l'une des parties, cédant à un repentir tardif que la loi n'accepte point et que la bonne foi désavoue, aurait refusé sa signature au bordereau. Le courtier n'en est pas cause ; sa signature n'eût rien ajouté à la perfection que le contrat avait reçue du consentement réciproque. Il est donc sans nul intérêt, et c'est à cela surtout que s'attache la présomption de la vérité et de l'impartialité d'un témoignage.

155. — Nous avons différé jusqu'à présent, pour éviter toute confusion dans les idées, de parler d'une attribution particulière faite aux courtiers d'assurances. L'art. 79 du Code de commerce leur donne *le pouvoir de rédiger des polices ou contrats d'assurances, concurremment avec les notaires, et d'en attester la vérité par leur signature.* Ils peuvent donc, comme les notaires, recevoir et constater, quant aux assurances, les conventions des parties *qui ne savent ou ne peuvent pas signer.* Ce droit, prudemment refusé aux autres courtiers, aurait dû l'être également aux courtiers d'assurances, parce que l'inconvénient à craindre est absolument le même. Quelque chose qu'il en soit, les polices signées par les courtiers d'assurances font pleine foi de leur contenu, quoique non signées des parties, pourvu que l'acte constate qu'elles ne savaient ou ne pouvaient le faire. Mais il reste cependant de notables différences entre ces polices et les polices notariées. D'une part l'enregistrement n'en est exigé qu'autant qu'on les produise en justice; d'un autre côté, elles n'emportent point l'*exécution parée*, et ne peuvent conférer un droit d'hypothèque (1).

(1) Ceux qui voudront connaître dans tous leurs détails la législation et les usages relatifs aux courtiers et agents de change, particulièrement le mécanisme très-compliqué de l'agissement de ceux-ci en bourse, ne peuvent mieux faire que de recourir à l'excellent ouvrage dont M. A. Fremery a enrichi la science, sous ce titre dont la modestie tient beaucoup plus qu'elle ne promet : *Etudes de droit commercial, ou du droit fondé par la coutume universelle des commerçants.*

§ IV

DE LA PREUVE PAR FACTURE ACCEPTÉE.

SOMMAIRE.

156. Pourquoi on trouve à peine dans le Code civil et dans le Code de commerce quelques dispositions éparses franchement applicables à la vente et à la commission.
157. L'art. 109 du Code de commerce déroge à l'art. 1328 du Code civil.
158. Ce qu'est une facture; comment elle fait preuve dans la vente au comptant et dans la vente à crédit; son acceptation écrite ou tacite.
159. La facture acceptée fait preuve entre les contractants et à l'égard des tiers; prérogatives que l'usage y a attachées.
160. Elle tient lieu de livraison; elle facilite les diverses combinaisons du commerce; elle peut être remise en gage, en dépôt.
161. Quelles conditions sont nécessaires pour que, à l'égard des tiers, elle fasse preuve ou soit transmissive de propriété.

156. — M. Vincent dit avec raison (t. 2, ch. 2 *de la Vente*, n° 1) que, lors de la rédaction du Code civil, l'*idée que la loi que l'on rédigeait ne serait pas applicable au commerce qui devait en avoir une autre, ayant prévalu*

parmi les rédacteurs, ils ne se sont pas embarrassés de la vente commerciale. Mais les auteurs du Code marchand, sur lesquels ceux du Code civil s'étaient reposés de ce soin, n'ayant pas, à beaucoup près, rempli la tâche qui leur était réservée, il en est résulté qu'à peine trouve-t-on, dans l'un et l'autre Code, éparses çà et là, quelques dispositions d'une application franche à la vente mercantile et à la commission. De là des lacunes auxquelles il faut suppléer, tantôt par l'autorité des usages, tantôt par des décisions d'équité et les enseignements de la doctrine.

157. — D'abord on peut poser, comme principe général, que l'art. 109 du Code de commerce, en mettant sur la même ligne, quoique dans un ordre successif, les divers modes de constater les ventes et achats, attribue à chacun de ces modes indistinctement une égale efficacité probante, non-seulement entre parties, mais encore à l'égard des tiers ; et qu'il déroge à l'art. 1328 du Code civil qui veut que les actes sous seing privé n'aient de date certaine contre les tiers que du jour de leur enregistrement, ou du jour où leur antidate est devenue impossible de la manière indiquée au même article. Hors les cas de collusion ou de fraude, qui ne se présument pas et doivent être prouvés, la facture fait pleine foi, aussi bien à l'égard des tiers qu'entre les parties qui l'ont souscrite, et de sa date et de tout son contenu. Mais aucun des deux Codes ne dit en quoi consiste la facture, ni pourquoi il lui est donné de produire certains effets que n'admet pas le droit civil. Quelques explications à cet égard sont indispensables.

158. — La facture est un état ou bref inventaire indiquant la nature, la qualité, la quantité par poids ou mesure, et le prix de marchandises.

L'objet en est multiple.

Par abstraction de tous autres moyens de preuve, et dans l'espèce où il n'existerait d'autre instrument de la vente déniée que la facture elle-même, deux hypothèses peuvent se présenter :

1° Vente au comptant; et preuve par la facture portant le seing et l'acquit du vendeur. Par exemple, je puis oralement vous vendre comptant dix caisses de savon, et vous les livrer sur-le-champ. Alors il n'est besoin que d'une seule facture, portant *vendu* et *livré*, *v. g.*, à Pierre, etc., signée et acquittée par moi ; car, si, sans produire la facture, vous me demandez une seconde fois les savons, ma déclaration de vous les avoir vendus, mais, en même temps, de vous les avoir livrés, étant indivisible, votre mauvaise foi n'a nul espoir de succès ; et, de mon côté, inutilement voudrais-je vous faire payer de nouveau, puisqu'en produisant la facture, vous prouverez que je suis payé;

2° Vente à crédit ; et preuve par la facture et son acceptation écrite sur un double, ou par la simple facture et son acceptation tacite. Si je vous vends à crédit les savons livrables dans quinze jours, chacun de nous doit avoir un double de la facture : vous, pour prouver la vente si j'ai l'improbité de la dénier ; moi, pour vous forcer à prendre livraison, au moyen de l'acceptation que vous aurez signée au pied de mon duplicata. Entre présents, l'échange des titres peut se faire de la main à la main ; si nous traitons par la correspondance, vous me renvoyez, revêtu de votre acceptation, l'un des doubles que renfermait ma lettre.

L'acceptation écrite n'est pas toujours nécessaire, elle peut résulter du silence gardé sur la réception de la facture, de la mention qui en aurait été faite sur les livres ;

rien n'empêche que le juge n'en permette la preuve par témoins.

159. — Mais ce n'est pas seulement entre les contractants que les factures acceptées constatent les ventes et les conventions. Elles font aussi preuve à l'égard des tiers ainsi que nous l'avons dit; en outre, à défaut de la loi, l'usage les a dotées de certaines prérogatives.

160. — La succession rapide des affaires commerciales, l'absence relative des parties, la nature et l'éloignement des objets de leur négociation, n'en permettent pas toujours la tradition corporelle, ni même une tradition par montrée, *in rei præsentiâ*. Si je vous vends à Paris 50 tonneaux de vin que j'ai en dépôt dans les celliers de Jacques, mon correspondant à Libourne, il est évident que je ne puis vous les remettre de la main à la main. Il faut cependant que nous ayons la certitude, moi, d'être payé au terme convenu, vous de rester dès à présent approprié contre mes ayants-cause et mes créanciers, si j'avais le malheur de tomber en faillite; sans cela, les spéculations commerciales seraient impossibles. Or comme, nonobstant l'art. 1583 du Code civil, lequel n'a rapport qu'aux immeubles, la propriété des choses purement mobilières ne se transmet que par une mise en possession qui, dans l'espèce, ne peut être réelle, la coutume commerciale y supplée par certains signes, du nombre desquels est la facture. Ainsi, du moment où je vous en aurai remis une régulière, nul de mes ayants-cause ou créanciers ne pourra vous disputer la propriété des 50 tonneaux, sauf le privilége de Jacques, si je lui dois quelque somme à titre de mon entrepositaire. On voit par là l'immense utilité de la facture, comme livraison fictive. Tel est l'avantage qu'elle

procure au commerce, que, à certains égards, ce papier symbolique est au commerce de terre ce que le connaissement est au commerce de mer.

Comme le connaissement, la facture *peut être à ordre, ou au porteur, ou à personne dénommée* (281 C. comm.). C'est donc un effet commerçable qui, affranchi des formalités du droit civil touchant le transport des créances, se prête à toutes les utilités, à toutes les combinaisons du négoce, auquel il facilite le mouvement de ses fonds, et la disposition de ses autres valeurs. C'est ainsi que ma facture au porteur ou à votre ordre, des 50 tonneaux de vin chez Jacques, peut servir à dix reventes successives et même davantage, en sorte que cette marchandise, facturée à 50,000 fr., aura donné lieu à un mouvement d'un demi-million, avant d'être livrée au consommateur. En un mot, la facture remplit l'office d'une lettre de change avec cet avantage de plus, que la provision en est toujours faite, à moins que cette facture ne soit l'œuvre d'un fripon punissable criminellement, et que le preneur n'ait manqué de prudence, ce qui peut arriver en toutes sortes de négociations. Le tribunal de commerce de Marseille a même décidé, le 27 novembre 1819, par un jugement très-conforme aux principes du droit commercial, qu'aux mains d'un consignataire, la facture, ne fût-elle ni à ordre ni au porteur, est un titre suffisant pour transmettre la propriété, envers et contre tous, et avec elle la propriété des effets ou marchandises qu'elle représente ; et que la vente est valide même au cas particulier où il existerait, entre le propriétaire réel et le consignataire, des instructions ou une contre-lettre portant prohibition à celui-ci de vendre sans le concours du consignant (Recueil de MM. Girod et Clarion, t. 2, 1821, p. 37).

Enfin, comme, par l'effet de la fiction, la facture repré-

sente les objets qu'elle désigne, l'usage veut qu'elle puisse être donnée en gage ou remise en dépôt, quoique, dans le droit civil, l'essence de ces contrats, *qui re perficiuntur*, exige que la chose soit réellement livrée à l'engagiste ou au dépositaire.

Il y a une différence entre la vente *sur facture* et la vente *sur connaissement*; d'où provient l'effet différent de l'un et l'autre mode de livraison? c'est ce qui est expliqué au chapitre de la tradition. (V. t. 5, *Achats et Ventes.*)

161. — Mais on servirait mal les intérêts du commerce en accordant à la facture de telles prérogatives, sans prévenir l'abus qu'on en pourrait faire. Cinq conditions sont donc requises pour qu'elle devienne, à l'égard des tiers, transmissive de la propriété, ou de quelque droit de préférence sur les choses qu'elle mentionne. Il est nécessaire 1° qu'elle émane d'un commerçant; 2° qu'elle ait pour objet une vente, et une vente de choses purement mobilières; 3° qu'elle contienne la mention de tout ce qui constitue l'essence de la vente; 4° que, si elle est *à personne dénommée*, l'écrit sous seing privé par lequel on la vend, constate la remise qui en est faite aux mains de l'acheteur; 5° qu'il en ait été passé écriture sur les livres.

Il faut qu'elle émane d'un commerçant; car ce n'est qu'en faveur du commerce, *utilitatis causâ*, que la coutume déroge à l'art. 1141 du Code civil, qui consacre l'ancien principe que la propriété des choses purement mobilières ne se transporte que par la tradition. Un non-commerçant ne pourrait donc point, par une simple facture, transmettre la propriété de denrées ou marchandises même à un acheteur commerçant, qui par suite ne serait pas fondé à en demander la distraction si les créanciers du vendeur les avaient frappées de saisie. D'ailleurs ce

n'est aussi qu'en faveur du commerce qu'il est dérogé, par la coutume commerciale, à l'art. 1328 du même Code touchant la formalité de l'enregistrement des actes sous seing privé.

Il faut qu'elle ait pour objet une vente, et une vente de choses purement mobilières; car la facture dont parle l'art. 109 du Code de commerce n'est autre que celle dont l'objet est une vente, dont le but est de la constater. Une facture, constatant une dation *in solutum*, ou un échange de marchandises contre marchandises, ne serait pas transmissive de propriété au regard des tiers, parce que c'est uniquement pour la vente que la coutume introduit la fiction, et que les fictions ne s'étendent jamais d'un cas à un autre. La facture ne prouverait encore pas contre des tiers, *v. g.*, si elle constatait la vente des chaudières et autres ustensiles attachés à une brasserie, à une distillerie ou à toute autre exploitation semblable, parce que ces choses étant à la fois mobilières de leur nature, et immobilières par destination, ne sont pas *purement* mobilières, et ne peuvent conséquemment pas être l'objet d'une vente commerciale.

Il faut que la facture contienne tout ce qui constitue l'essence de la vente. La raison en est sensible; car si, par exemple, le prix des choses facturées n'était pas déterminé, s'il était dit qu'on le réglerait plus tard, ou bien après dégustation des vins, des huiles, etc., la faillite du vendeur survenant, la facture ne pourrait être opposée à ses créanciers, puisqu'il n'y aurait réellement pas eu de vente.

Il faut que, si elle est à personne dénommée, l'acte sous seing privé qui en constate la vente, en constate aussi la remise à l'acheteur. En effet, la facture n'étant ni à ordre, ni au porteur, la transmission ne peut s'en opérer que par

un acte de vente, et comme l'acheteur ne devient propriétaire que par la tradition de la chose vendue, il est évident que l'acte sous seing privé qui constate cette vente, doit aussi constater la livraison de la facture aux mains de celui qui l'achète, c'est-à-dire, de la chose vendue.

Enfin, il faut en général qu'il ait été passé, sur les livres, écriture de la facture ou de l'acte qui en constate la remise. En effet, lorsqu'une contestation s'engage entre le porteur de la facture et les créanciers du vendeur, sur la propriété des choses facturées, toute la question roule ordinairement sur la sincérité de la date du titre. Or, si, dans l'intérêt du commerce, les factures émanées des commerçants doivent faire preuve de ce qu'elles contiennent, sans que leur enregistrement soit nécessaire pour leur donner une date certaine, c'est parce que la loi a prescrit à ces mêmes commerçants d'*avoir un livre-journal qui présente, jour par jour,* toutes les opérations de leur commerce (art. 8 C. comm.); ils sont ainsi légalement constitués enregistrateurs de leurs propres actes. Ne les ont-ils pas enregistrés? c'est une faute qu'ils ne peuvent imputer qu'à eux-mêmes, une négligence dont ils doivent supporter les effets, en tous cas une désobéissance à la loi, qui ne les favorise et ne les protége qu'à condition de lui obéir. Par conséquent, lorsque celui qui a remis et celui qui a accepté la facture n'en ont pas fait mention sur leurs livres, ou n'ont point tenu de livres, il en résulte contre eux la présomption d'une connivence dont on ne voit que trop d'exemples dans les faillites. Le tribunal de commerce de Paris a fait une application exemplaire de ces principes, et la cour royale les a confirmés par arrêt du 1er mars 1828, dans une espèce qu'on peut voir au recueil périodique de M. Dalloz, 1828, 2, 169.

Dans cette espèce, les livres des deux commerçants

étaient également muets ; il apparaissait d'ailleurs que la facture n'avait eu pour objet que de garantir des emprunts. Mais, à part toutes autres présomptions, *quid juris* si le vendeur n'a pas enregistré sa facture, tandis que l'acheteur l'a enregistrée de son côté? La notice de l'arrêt cité est ainsi conçue : *Les factures ne prouvent, à l'égard des tiers, les achats et ventes, qu'autant qu'elles ont été portées* sur les livres de celui qui les a fournies. Nous avons peine à croire à la vérité de cette proposition, que ne prouvent point les motifs des premiers juges, entièrement adoptés par la cour royale. Le commerçant qui achète n'est pas chargé de la tenue des livres du vendeur, lequel, par négligence, peut-être par mauvaise foi, n'a pas enregistré la facture qu'il a fournie. Mais si j'en ai fait sur mon journal une mention suffisante et régulière, et si ce livre est en tout conforme aux prescriptions de la loi, je trouverais injuste qu'on me dépouillât de ma propriété pour une omission qui n'est pas de mon fait. Encore une fois, il ne s'agit, on le suppose, que de la sincérité de la date. Or, si mon journal est tenu conformément à l'art. 8 du Code de commerce, cette date, jusqu'à preuve contraire, est tout aussi certaine que si elle eût été constatée par le receveur de l'enregistrement. Mais quand mon journal est irrégulièrement tenu, il ne fait plus foi de rien, et la présomption défavorable l'emporte. Si la facture avait été délivrée à un non-commerçant par un commerçant qui ne l'aurait point mentionnée sur ses livres, on ne pourrait l'opposer aux créanciers de celui-ci, rien ne constatant alors la sincérité de la date.

Dire qu'*en général* la facture, pour faire preuve, doit être mentionnée sur les livres, c'est assez faire entendre que nous ne posons pas un principe absolu. En effet, on conçoit qu'il peut survenir des cas imprévus qui n'au-



raient pas permis d'inscrire sur-le-champ la facture aux livres, comme si, par exemple, celui qui la vend se trouvait en voyage. Il est aussi de petits marchands que l'usage, malgré les termes généraux de la loi, n'a jamais astreints à une tenue régulière de livres. Alors, toutes les fois que, par une circonstance ou un fait quelconque, le juge commercial a un juste sujet de croire que la date apposée à une facture est sincère, c'est une présomption qui lui suffit. Mais hors ces cas, en quelque sorte imprévus, et lorsqu'il s'agit de commerçants qui ont ou doivent avoir des livres, une facture qui n'y est pas enregistrée ne fait aucune foi contre les créanciers du vendeur, ni contre ceux qui auraient quelque droit de préférence sur la chose vendue. Ainsi l'exige le bon ordre du commerce.

---

§ V

DE LA PREUVE PAR LA CORRESPONDANCE.

SOMMAIRE.

162. La correspondance est tout à la fois le moyen de former le contrat et de constater le contrat formé. (Renvoi au chapitre 3.)
163. La production de la lettre de proposition et de la lettre d'acceptation conforme fait preuve du contrat; cette preuve peut même résulter d'une seule de ces missives, de la missive d'acceptation; *quid* si une erreur a été commise dans la transmission d'une dépêche télégraphique ?
164. Chargement d'une lettre à la poste, et preuve qui en résulte.
165. Une lettre écrite à un tiers peut-elle être produite en justice comme preuve ? question controversée.
166. Les uns soutiennent, comme principe absolu, qu'une telle lettre est essentiellement confidentielle.
167. Les autres pensent que la rigueur du principe doit fléchir suivant les circonstances.
168. Examen de la question : il est laissé à la prudence du juge de déterminer quel est, eu égard aux circonstances, le caractère d'une lettre adressée à un tiers.

162. — L'acte sous seing privé, proprement dit, c'est-à-dire, l'écrit contenant en un seul contexte la proposition et l'acceptation d'une convention, est, comme on l'a déjà dit, le mode usité de contracter entre personnes présentes. Mais, entre personnes absentes, presque toujours la convention se forme et se constate par deux missives distinctes, dont chacune ne porte que la signature du confectionnaire. C'est ce qui s'appelle traiter par la correspondance.

La preuve d'une convention ainsi constatée se lie si intimement à la preuve des conditions essentiellement constitutives de la convention elle même, que rarement aussi ne peut-on parler de l'une de ces preuves sans se reporter aux principes relatifs à l'autre.

Or la correspondance, comme moyen de former le contrat, a été, dans le chap. 3, § 3, l'objet d'amples développements, et dès lors il convient, sous peine de redites d'y renvoyer le lecteur. Toutefois, pour compléter notre doctrine, il nous reste à examiner ici, quand et comment la lettre de l'un des contractants fait preuve du contrat, et si une lettre écrite à un tiers par l'un d'eux, à l'occasion du contrat, peut être produite en justice.

163. — La convention commence ordinairement par une lettre missive invitant le destinataire à vendre, à acheter, sous des conditions exprimées ou sous-entendues par les lois ou les usages, et elle s'achève par une réponse conforme du destinataire. Dès que l'acceptation de celui-ci est connue du proposant, le contrat est parfait. En ce cas, nulle difficulté, la production des deux lettres fait preuve complète du contrat.

Que l'on produise des lettres missives, ou des télégrammes, copies des dépêches dont les originaux restent

déposés au bureau du télégraphe, il n'importe. Nulle différence essentielle, quant à la formation et à la preuve du contrat, entre la correspondance postale et la correspondance télégraphique, dès qu'il y a accord parfait des volontés, cet accord étant indépendant des moyens de l'opérer et de le constater.

Mais le consentement dés parties, réel en apparence, peut n'être, au fond, que le résultat d'une erreur ou d'une faute commise dans la transmission de la copie de la proposition ou de l'acceptation ; par exemple, la commande ou la dépêche que je vous adresse, de m'expédier une certaine quantité de vin, porte *six* barriques, mais le télégramme écrit et vous transmet *dix* barriques. Il suffit de la comparaison du télégramme et de son original pour montrer l'évidence de l'erreur ; erreur destructive d'un consentement parfait.

Le contrat n'a donc pu, *stricto jure*, se former, du moins, pour toute la quantité commandée; il ne peut y avoir contrat que jusqu'à concurrence de la partie sur laquelle les volontés s'accordent ou sont réputées s'accorder.

Or, vous m'avez expédié *dix* barriques, à plus forte raison, m'en auriez-vous expédié *six*. Donc vous n'êtes pas recevable à demander la résiliation ou la nullité de tout le marché sous le prétexte de l'erreur. Toutefois, libre à vous de reprendre les quatre barriques excédant, si je les refuse.

Mais, moi qui n'en ai voulu et n'en ai réellement commandé que *six*, ai-je un recours contre le bureau télégraphique, auteur de l'erreur ? Suis-je tenu des conséquences de cette erreur, et jusqu'à quel point ?

Quant au recours, je n'en ai aucun contre l'agent du télégraphe; car l'État, en couvrant par une loi sa respon-

sabilité, couvre aussi par là même celle de ses agents qui, en tant que fonctionnaires, ne s'en distinguent pas. (Loi du 29 novembre 1850, art. 6.)

Vu cette irresponsabilité, l'erreur ne peut être qu'à ma charge. Si elle eût été commise dans mon comptoir par un commis copiant mal ma missive, je ne saurais en décliner la conséquence. Par la même raison, en prenant la voie télégraphique, je prends sur moi les erreurs qui peuvent être commises dans la transcription de ma dépêche. Le bureau télégraphique devient accidentellement mon agent; et, en choisissant un agent que la loi déclare irresponsable, j'en ai assumé nécessairement la responsabilité, d'autant plus qu'avec une simple précaution j'aurais pu éviter l'erreur; il dépendait de moi de faire recommander ma dépêche, c'est-à-dire, de la faire répéter par le bureau de la destination, moyen certain d'une transmission fidèle.

Mais, l'erreur ne devant pas vous être préjudiciable et m'étant réputée personnelle, j'en subis les conséquences et je suis tenu de vous indemniser. Or, quelle doit être cette indemnité? en quoi consiste-t-elle? Dans la différence entre le prix convenu et celui que vaut la marchandise laissée pour compte. Il est juste que l'expéditeur, qui n'a aucune faute à s'imputer, soit remis dans l'état où il se serait trouvé, s'il n'y avait pas eu erreur.

La preuve du contrat pourra même virtuellement résulter d'une seule des deux missives, *v. g.*, de la lettre de l'acheteur qui a accepté les offres du vendeur, ou qui a fait une commande en conformité de *prix-courants* qui lui ont été adressés.

Mais la seule lettre de proposition que l'acheteur représente, ne prouve pas par elle-même une vente conclue; car la proposition peut n'avoir pas été acceptée par lui.

L'eût-elle été, il peut n'en rester aucune trace, si le vendeur vient à supprimer la missive d'acceptation.

164. — Cependant l'administration de la poste donne aujourd'hui le moyen de constater si une lettre a été ou n'a pas été reçue par celui à qui elle est adressée. Il suffit de la *charger;* elle n'est alors délivrée au destinataire qu'après émargement signé sur un registre spécial. Signé, ce registre fait preuve de la délivrance de la lettre; non signé, de sa non-réception.

165. — En traitant de la formation du contrat par la correspondance, nous n'avons parlé que de la correspondance entre les contractants eux-mêmes, et non des lettres missives qu'ils auraient écrites à d'autres personnes relativement au contrat qui se négociait ou avait été conclu entre eux. Quel est le caractère de ces lettres? Peuvent-elles être produites en justice? Le juge doit-il y avoir égard? Le peut-il? C'est une question grave, sur laquelle la jurisprudence n'a point encore invariablement fixé les opinions.

166. — Les uns soutiennent, comme un principe absolu, que toute lettre écrite à un tiers est confidentielle *per rerum naturam.* Suivant eux, nul ne peut donc s'en prévaloir en justice, non-seulement contre le vœu, mais même du consentement de cette tierce personne. Ainsi, Sabathucci, prétendant que Spadafora avait donné ses pouvoirs à Lucchini, produisait à l'appui de son maintien une lettre qui en prouvait la vérité; mais, « Considérant « que c'est abuser de la confiance et de la bonne foi que « de produire en jugement des lettres adressées à des « tierces personnes, inconvénient des plus graves et des

« plus opposés aux liens sacrés qui doivent unir les « hommes entre eux, » la Cour impériale de Rome ordonna que la lettre *serait rejetée et mise hors du procès* (4 décembre 1810, Sirey, t. 13).

Dans une autre espèce, la Cour de cassation déclare que « le secret des lettres est un principe que la justice ne « peut méconnaître, parce qu'il dérive *de la nature des « choses*, qui ne permet pas qu'une confidence privée de- « vienne l'objet d'une exploration publique. » (Sirey, 1822, 1, 33.)

Voilà sur quoi se fondent principalement ceux qui soutiennent qu'une lettre adressée à un tiers ne peut jamais être servie au juge contre le gré de celui qui l'a écrite.

167. — D'autres, sans rejeter le principe, en font fléchir la rigueur selon les circonstances, dont ils laissent l'appréciation aux lumières et à la prudence du juge.

Telle est sans doute l'opinion de M. Toullier (t. 10, nº 307). En effet, après avoir dit qu'une telle missive, par laquelle le débiteur demande au créancier un délai pour payer 300 fr. qu'il lui doit, fait preuve complète de la dette, et qu'il en serait de même si la lettre était écrite à un tiers, avec charge ou commission de la communiquer au créancier, l'auteur ajoute : « Si la lettre qui con- « tient l'aveu était adressée à un tiers non chargé de la « communiquer, il est évident qu'elle aurait moins de « force et que le débiteur pourrait rétracter ou révoquer « l'aveu qu'il y aurait fait, sans être tenu de prouver que « cet aveu était la suite d'une erreur ; mais si le tiers qui « avait reçu la lettre l'avait remise au créancier, et que « celui-ci eût déclaré l'accepter et vouloir profiter de « l'aveu, il nous paraît, par argument de l'art. 1121, « que le souscripteur ne pourrait plus révoquer son

« aveu qu'en prouvant qu'il a été la suite d'une erreur. »

M. Toullier pense donc qu'une lettre écrite à un tiers, sans la permission ou la charge de la communiquer, peut servir de titre, par conséquent être produite.

Voici une espèce où cette opinion a été implicitement consacrée. Un négociant vend, entre autres marchandises, trois pièces d'eau-de-vie. L'acheteur les refuse, en fait constater la mauvaise qualité, demande la résolution du marché, et produit la déclaration d'un tiers auquel le vendeur avait écrit de terminer l'affaire à l'amiable, et, s'il n'y pouvait réussir, de vendre à d'autres pour son compte. Le vendeur avait eu l'adresse de retirer sa lettre des mains du tiers; il n'en fut pas plus heureux. La Cour d'appel d'Angers prit droit de la déclaration du tiers, et le pourvoi fut rejeté (Sirey, 1822, 1, 34). Ces arrêts décident donc virtuellement que la lettre du vendeur aurait pu être produite, s'il n'avait pris l'inutile précaution de s'en ressaisir. Or, dans ce conflit de décisions, on ne peut pas dire qu'il y a jurisprudence, car la jurisprudence est *series rerum perpetuò et similiter judicatarum.*

168. — Quant à nous, voici notre avis : l'inviolabilité d'un secret confié est un principe puisé dans la morale et, comme le dit le premier arrêt de la Cour de cassation, *dans la nature même des choses*. Il est donc vrai, comme le dit le même arrêt, qu'une correspondance privée et confidentielle ne doit pas, ne peut pas décemment être livrée à une investigation judiciaire. Mais quand une lettre est-elle confidentielle ? A quel signe le reconnaître? Suivant nous, là est la difficulté.

Faut-il admettre, avec la Cour de Rome et l'arrêt de la Cour de cassation du 4 avril 1811, que toute lettre adressée à un tiers est de plein droit réputée confiden-

tielle ? Un principe aussi absolu blesserait la justice. Ce qui frappe une lettre du sceau de la confidence, c'est la volonté de la personne qui l'écrit ; mais si elle n'a pas eu l'intention de lui imprimer ce caractère, pourquoi le lui supposer par une fiction contraire à la vérité? Par suite de nos relations, un négociant m'informe qu'il est chargé d'une commission importante. Est-ce une confidence qu'il entend me faire, ou son but ne serait-il pas plutôt de se créer un nom commercial, d'acquérir plus de crédit, et de m'inspirer plus de confiance ? Loin de désirer le secret, peut-être ne demande-t-il pas mieux que j'en parle. Lors donc qu'il ne me l'a pas recommandé, en quoi la morale souffrirait-elle, et de quoi ce négociant pourrait-il se plaindre, si plus tard sa lettre est produite pour prouver la commission qu'il a la mauvaise foi de dénier, après avoir voulu s'en faire un titre à la confiance du commerce ?

La transcription d'une lettre sur le livre de correspondance est négative du caractère confidentiel ; car l'auteur de cette lettre n'a pu ignorer que tout *ce qui concerne le différend* peut être extrait de ses livres, par conséquent, que sa lettre pouvait être produite en justice (art. 15, 17, C. com.).

On a vu que les paroles écrites et les paroles prononcées ne diffèrent que selon l'organe des sens auquel on les adresse. Dans la vérité, elles n'en sont pas moins les mêmes. Or, peut-on admettre que, chaque fois que de vive voix nous entretenons quelqu'un de nos relations avec un tiers, nous sommes réputés le faire sous le sceau de la confidence? Ce serait, en quelque sorte, proscrire la preuve par témoins, et exclure du nombre des preuves les aveux extrajudiciaires.

Quand la Cour de cassation a dit, dans son arrêt du

4 avril 1811, que toute lettre adressée à un tiers est de plein droit réputée confidentielle, elle a donc posé un principe trop absolu. Ce qui semble plus juste, plus conforme à l'esprit et aux intérêts du commerce, c'est de laisser à la prudence du juge le soin de décider si une lettre est ou n'est pas confidentielle, eu égard à l'objet de cette lettre et aux circonstances où elle a été écrite, à la qualité du tiers qui l'a reçue, à ses rapports avec l'envoyeur, à la conduite de ce dernier dans les débats, en un mot, à tout ce qui peut éclairer la conscience du magistrat. Ainsi, que du texte de la lettre, de signes extérieurs usités en pareil cas, de sa non-transcription sur le registre ou de tout autre fait quelconque, il résulte que la correspondance est privée; qu'en un mot, le tiers ne peut la divulguer sans manquer à la bonne foi et trahir une confidence; fût-elle produite de l'aveu du tiers, le juge n'y doit point avoir égard.

Si le tiers n'a pas communiqué la lettre, ou s'il déclare ne pas l'avoir confiée pour qu'on en fît usage en justice, confidentielle ou non, s'il la demande, elle doit lui être rendue, parce qu'au premier cas il y a violation de propriété, dans le second, violation de dépôt.

En dernier résultat, une lettre écrite à un tiers peut donc quelquefois être produite en justice. Telle est, supposons-le maintenant, la lettre par laquelle j'ai mandé à Pierre vous avoir donné commission d'assurer mon navire. Mais comme cette lettre n'a formé aucun contrat, réduite à sa juste valeur, elle est simplement l'aveu du mandat; or, grande est la différence, car supposez le contrat formé par l'exécution que vous y auriez donnée en faisant assurer, je suis lié sans retour, et tenu de l'exécuter de mon côté, tandis qu'il est toujours permis de révoquer un aveu, s'il n'est, en fait, que le fruit de l'erreur (art. 1356 C. civ.). Mais il faut le prouver; et, comme on ne saurait revenir

contre un aveu libre, sans armer contre soi d'assez justes préventions, je dois une preuve exclusive de tout doute : *In dubio, nocet error erranti.* Par exemple, croyant mon *Neptune* non encore amarré à quai, je vous écris de le faire assurer, et le même jour, j'en informe Jacques, dans une lettre concernant mes relations avec lui. Mais avant départ du courrier, j'apprends l'arrivée du navire, et je cours à la poste retirer ma lettre d'ordre, en remplissant les formalités prescrites. Le procès-verbal qui les constate, joint au fait de l'entrée du *Neptune*, prouvant avec évidence que je me trompais quand j'écrivis à Jacques, vous serez jugé en faute pour avoir agi sur la foi d'une lettre que je ne vous écrivais pas.

---

§ VI

DE LA PREUVE PAR LES LIVRES DES PARTIES.

SOMMAIRE.

169. Nécessité pour le commerçant de tenir des livres réguliers; double conséquence qui en résulte.
170. Quelle foi leur est due en justice réglée? Sentiments divers des anciens auteurs.
171. En France, le Code de commerce, pas plus que l'ordonnance de 1673, n'a déterminé le degré de la foi due aux livres.
172. Système du Code espagnol.
173. Dispositions du Code néerlandais.
174. De la combinaison des systèmes des deux Codes, on pourrait faire une loi fort sage.
175. Principe sur lequel repose la disposition de l'art. 8 du Code de commerce.
176. Une exception à la règle *nemo sibi adscribit* s'infère des art. 1366 et 1329 du Code civil; motif de cette déviation.
177. Entre commerçants, la représentation des livres n'est pas une dérogation à la règle *nemo tenetur*, etc.
178. Le droit des parties de demander, et le pouvoir du juge d'ordonner la représentation des livres ne s'étend pas aux livres d'un tiers.
179. Résumé et conséquences.

180. Les précautions de la loi sur la régularité des livres sont peu ou point observées.
181. Différence entre la communication et la représentation des livres.
182. Hypothèses qui peuvent se présenter.
183. Lorsqu'il résulte des livres, *v. g.* que des ordres ont été donnés et acceptés, la preuve du contrat est complète, fussent-ils irréguliers; pouvoir discrétionnaire du juge; mais il ne peut déférer le serment à celui dont les livres sont irrégulièrement tenus.
184. Les parties peuvent se demander mutuellement la représentation des livres; le juge peut aussi l'ordonner d'office.
185. Pouvoir discrétionnaire du juge, lorsque le demandeur a des livres régulièrement tenus, et que le défendeur déclare n'en point avoir ou refuse de les représenter; même pouvoir discrétionnaire dans le cas inverse où le demandeur n'a pas de livres, tandis que le défendeur produit les siens.
186. Différence entre la représentation ordonnée d'office par le juge, et la représentation requise par une partie; indivisibilité du contenu des livres.
187. Le juge peut-il d'office, ou sur réquisition, ordonner la représentation de livres d'une date de dix années antérieure à la contestation? distinction.
188. La représentation des livres auxiliaires peut être faite, demandée, ordonnée; dans quel cas, pour quel objet.
189. Du cas où le contrat s'est formé entre un Français et un étranger dans le pays de celui-ci; il peut arriver que le juge ne soit plus libre de rejeter les livres ou de les accepter comme probants; quand il peut décider d'après les règles du droit.

169. — C'est non-seulement une obligation imposée au commerçant, mais encore une nécessité inhérente à sa profession, d'avoir et de tenir des livres *en bon ordre* (V. ch. 2, § 4, n° 74 et suiv.). De là résulte naturellement cette double conséquence : d'abord, si le commerçant auxquels ils appartiennent doit pouvoir avec confiance en

invoquer le témoignage, il est de toute justice qu'on puisse le lui opposer; en second lieu, n'en point produire, ou prétendre n'en avoir pas tenu, c'est, selon toute apparence, accuser une imposture : *Præsumptio vehemens insurgit contrà eum qui non utitur probationibus quas de facili habere potest* (Casareg. Disc. 104, n° 49).

170. — Mais, en justice réglée, quelle foi est due aux livres de commerce. C'est une question grave sur laquelle les anciens auteurs n'ont jamais pu se mettre d'accord.

Les uns, partant de l'idée que l'on ne peut se constituer un titre à soi-même, refusaient toute créance aux livres, dans tous les cas indistinctement. Une loi romaine était leur appui : *Exemplo perniciosum est ut ei scripturæ credatur, quâ unus quisque sibi adnotatione propriâ debitorem constituit* (L. 7. C., *de Probat.*).

Les autres, assimilant les marchands *jurés* aux *argentarii* (banquiers) de Rome, *quorum ministerium publicam habet causam* (L. 10. D., *de Edendo*), accordaient foi à leurs livres, en toutes contestations et contre toutes personnes : *Scripturæ mercatorum etiàm privatæ, ex generali consuetudine, reputantur quasi authenticæ et credibiles propter mercatorum præcipuam fidem* (Card. Tuschi, consult. 207).

D'autres enfin, prenant un moyen terme, les admettaient seulement comme une présomption ou semi-preuve qui, confirmée par le serment, ou corroborée par d'autres circonstances, s'élevait au rang d'une preuve complètes : *Effecit mercaturæ utilitas et favor... libros mercatorum semi-plenam facere probationem, ac jurejurando mercatoris aut morte ejus firmatos plenam fidem intervenire, quotiès mercator integræ famæ et existimationis est* (Voët. ad Pand. L. 22, tit. 4, n° 12).

171. — En France le Code actuel, pas plus qu'autrefois l'ordonnance de 1673, n'a déterminé le degré de la foi due aux livres, et l'on ne saurait dire de son art. 12 : *Optima lex, quæ minimùm judici relinquit ;* tant il laisse d'arbitraire au juge, et au commerçant peu d'intérêt à une tenue régulière d'écritures.

172. — Sous ce rapport, le Code espagnol est bien préférable au nôtre.

En Espagne comme chez nous, les écritures d'un commerçant doivent présenter jour par jour toutes les opérations de son commerce; pour cet effet la loi lui ordonne, ce qui chez nous n'est prescrit qu'aux courtiers et agents de change, de tenir des livres sans ratures, interlignes ni transpositions; de plus, de n'y laisser aucun blanc, et de ne jamais biffer aucun article (art. 41 C. esp.). Mais, entre les Espagnols et nous, il est une différence encore plus importante : c'est que leur loi, qui parle au sérieux, ne laisse aucun espoir d'impunité, à plus forte raison de succès, à quiconque lui désobéit. Des livres ne sont-ils pas en tout point conformes à ce qui est prescrit, ils ne prouvent rien pour celui à qui ils appartiennent; ils ne font foi que contre lui : *No tienen valor alguno en juicio con respecto al comerciante á quien pertenescan.* Au contraire les livres de la partie adverse, régulièrement tenus, font pleine foi en sa faveur de toutes les différences : *Y se estará á las diferencias que le ocurran con otro comerciante, cuyos libros esten arreglados, y sin tacha á lo que de estos resulte* (1).

(1) Art. 42. Les livres de commerce auxquels il manquerait l'une des formalités prescrites par l'art. 40, ou qui renfermeraient l'une des irrégularités mentionnées en l'article précédent, ne font pas foi en justice au profit du commerçant à qui ils appartiennent, et s'ils présentent des différences avec les livres régulièrement tenus

En outre le contrevenant est condamné à une amende qui peut s'élever de 1,000 réaux à 20,000 (de 250 fr. à 5,000 fr.), sans préjudice des poursuites en crime de faux, s'il y a eu altération nuisible de la vérité (art. 43).

Quant aux petits marchands (*minutuli mercatores*), c'est-à-dire qui vendent à l'aune (*la varra*), au poids de moins d'une *arroba* (25 livres), ou par objets séparés, ils doivent, il est vrai, avoir aussi au moins un registre ; mais il leur suffit d'y inscrire en bloc le résultat de chaque journée, et de faire tous les trois ans la balance de ce qu'ils doivent et de ce qui leur est dû. C'est ce qu'on appellerait chez nous *un livre de marque* (art. 38 et 39). Or, il n'est, pour ainsi dire, personne qui ne puisse remplir une telle obligation ou s'en acquitter, à peu de frais, par quelque autre.

Tel est donc le système du Code espagnol, que le juge a une loi dont il ne saurait s'écarter sans violer ses devoirs, et le commerçant un intérêt très-réel à tenir une comptabilité régulière. Or, rien ne peut mieux en garantir la régularité.

173. — Sans établir de distinction entre les commerçants qu'il assujettit tous à tenir des livres en bon ordre, le Code néerlandais n'entre pas, à beaucoup près, dans autant de détails sur le mode préventif des erreurs de comptabilité volontaires ou préméditées. C'est peut-être un double défaut. Mais pour ce qui est du degré de foi que doivent avoir les livres, il nous semble qu'il a prescrit tout ce qu'exigent la justice et l'intérêt du commerce.

Quand il n'existe ni aveu, ni aucune autre preuve d'une

par un autre commerçant, on s'en rapportera à ce qui résulte de ceux-ci. (Traduction de M. V. Foucher, conseiller à la Cour de cassation.)

opération alléguée, les livres seuls n'en font point preuve, quelle que puisse être leur régularité. Mais, si l'existence même de cette opération n'est pas entièrement déniée, ou si elle est suffisamment prouvée, les livres régulièrement tenus et affirmés par serment, lorsque le juge l'ordonne, font foi, sauf la preuve contraire, du temps de l'opération et de la délivrance, de la qualité, de la quantité et du prix des marchandises. C'est ce qui résulte de l'art. 9; et, suivant nous, ce système est fort sage: d'une part, il respecte le principe tutélaire qui veut que nul ne puisse se créer un titre à soi-même; mais, d'un autre côté, dès qu'il y a aveu ou preuve du fait même de l'opération, il est conséquent et juste que tout ce qui s'y rattache soit tenu pour prouvé au profit de celui qui représente des livres réguliers, contre celui qui ne lui en oppose pas, ou qui ne lui en oppose que d'irrégulièrement tenus. Sans cela, que lui servirait son obéissance aux lois?

174. — En empruntant au Code espagnol le mode qu'il prescrit pour la tenue des livres, et au Code hollandais ce qu'il statue sur le degré de foi à leur accorder, on pourrait donc, à notre avis, faire une loi fort sage, où le droit se concilierait parfaitement avec l'équité pour protéger la bonne foi et déjouer la fraude. Ce vœu s'accomplira-t-il un jour? nous n'osons l'espérer. Quelque chose qu'il en soit, notre loi existe, et nos efforts doivent tendre à n'en donner qu'une explication conforme à l'intention qui en a dicté le texte.

175. — Cicéron plaidant pour Q. Roscius, le comédien, disait à un certain Fannius, sa partie adverse : « Il « n'est pas moins honteux de porter sur des registres ce « qui n'est pas dû, que de n'y pas inscrire ce que l'on

« doit. Ceux où le vrai ne se trouve pas, et ceux où le « faux se trouve, ne sont dignes que du même mépris. » *Quemadmodùm turpe est scribere quod non debetur, sic improbum est non referre quod debeas; æquè enim tabulæ condemnantur ejus qui verum non retulit, et ejus qui falsum prescripsit* (1). C'est sur ce principe d'honneur et de probité que se fonde la disposition de notre Code (art. 8), qui prescrit à tout commerçant d'inscrire, jour par jour, sur son livre-journal, *ses dettes actives et passives.* Voilà la base de la comptabilité commerciale, nous pourrions dire de toute comptabilité. Mais, comme on l'a déjà observé, dans quel but imposer au commerçant le devoir de porter également sur son livre et ce qu'il doit et ce qui lui est dû, si ce n'est pour lui permettre d'en invoquer le témoignage, et pour qu'au besoin on puisse l'invoquer contre lui? Or, c'est là un droit tout particulier au commerce, car on ne connaît pas, en jurisprudence, de maximes plus certaines que celles-ci : *Nemo sibi adscribit; nemo tenetur edere contrà se.* Notre art. 8 implique donc dérogation à la règle que *nul ne se fait un titre à soi-même,* et à celle que *nul n'est tenu d'en produire un contre soi.* Mais quel est le caractère de cette double déviation, et jusqu'où s'en étendent les conséquences? Bien résoudre ces deux questions, ce serait exposer tout le système de la loi sur *la preuve par les livres des parties.*

176. — D'abord une exception à la règle *nemo sibi adscribit* s'infère des art. 1366 et 1329 du Code civil. Le premier porte : « le juge peut déférer à l'une des parties « le serment, ou pour en faire dépendre la décision de la

(1) On sait qu'à Rome les particuliers tenaient des livres de recettes et de dépenses avec autant et même peut-être plus d'exactitude que chez nous les commerçants.

« cause, ou seulement pour déterminer le montant de la « condamnation ; » le second dispose : « Les registres « des marchands ne font point, *contre les personnes non « marchandes*, preuve des fournitures qui y sont portées, « sauf ce qui sera dit à l'égard du serment. » De ces deux dispositions combinées on conclut que le commerçant peut justifier par ses livres de fournitures faites à un non-commerçant, si le juge lui permet d'en compléter la preuve par son serment. Il est sensible que la faveur du commerce et la probité présumée du commerçant ont pu seules introduire une telle déviation de la règle : Nul ne peut se faire un titre à soi-même. C'est ce qu'enseigne Voët, *ad pand.*, liv. 22, t. 4. n° 12 : *Effecit mercaturæ utilitas ac favor ut moribus inductum fuerit libros jurejurando mercatoris firmatos plenam fidem facere... Quasi contrahens cum mercatore, nec scripturam de contractu faciens, videatur tacitè mandasse ut mercator contractûs ipsius terminos et qualitates bonâ fide in suas referat rationes, fidem deindè facturas.*

177. — Mais entre commerçants, lorsque la représentation des livres est ordonnée sur la demande de l'une des parties ou d'office par le juge, ce n'est point, comme quelques auteurs l'ont écrit, une dérogation à la règle générale que nul n'est tenu de produire contre soi ; c'en serait plutôt la confirmation.

En effet, si l'on oblige tout commerçant à tenir certains livres, ce n'est pas uniquement pour sa propre satisfaction, ou pour le cas éventuel de sa faillite ; c'est aussi pour l'intérêt actuel de ceux qui traitent avec lui ; sans cela les art. 15, 17 et 109 du Code de commerce seraient manifestement sans objet. Il n'est pas difficile d'en pénétrer les motifs. Souvent, dans un court espace de

temps, le même commerçant fait une telle multitude d'opérations, qu'il n'aurait évidemment pas la possibilité de rédiger, selon la forme ordinaire, une égale multitude d'actes destinés à les constater. L'y astreindre, ce serait, en quelque sorte, lui interdire de contracter de vive voix ; et, quant aux engagements qui se forment par lettres entre absents, la chose serait manifestement impraticable. De là l'obligation imposée à tout commerçant de tenir sur son journal un procès-verbal régulier, où il se débite et se crédite, et de transcrire sur un autre livre toutes les lettres qu'il écrit tant pour offrir et demander des services, que pour ce qui devient une suite des demandes qu'il a faites et des offres qu'il a acceptées, ou pour constater le refus qu'il a fait de ces offres. Soumis à la même obligation, les commerçants qui contractent avec lui participent aux avantages qu'il en retire ; et c'est ainsi que, sous la garantie de la loi, tous se donnent réciproquement le mandat de constater, chacun de son côté, ses opérations. Il s'ensuit que les livres sont communs, en ce qui concerne l'article contentieux, au créancier pour constater la dette, au débiteur pour en constater la décharge; à l'un pour prouver le mandat, à l'autre pour prouver qu'il l'a accepté, refusé ou exécuté. Car ce que je fais en vertu de votre mandat, ou, si on l'aime mieux, en vertu de la loi qui m'oblige à le faire pour vous comme pour moi, est une chose qui nous est évidemment commune. Nos livres corrélatifs les uns aux autres, sont entre nous ce que sont les tailles par rapport à ceux qui s'en servent : *Ex quo agitur de negotio communi inter easdem partes, inest tacitum mandatum conficiendi vel redigendi in rationes.* (Dumoulin, *in cod. just.*, I, 2, tit. I, t. 3, p. 599.)

La conséquence rigoureuse de cette *communité* de livres entre commerçants, pour ce qui concerne le diffé-

rend, est que chacune des parties devrait avoir droit, par le seul acte de sa volonté, de forcer l'autre partie à représenter ses registres. Cependant il n'en est pas ainsi ; car après avoir posé, dans l'art. 12 du Code de commerce, le principe général que « les livres régulièrement tenus « *peuvent* être admis par le juge pour faire preuve pour « faits de commerce, » le législateur déclare dans l'art. 15 que « dans le cours d'une contestation, la représenta- « tion des livres *peut* (et non pas *doit*) être ordonnée par « le juge, à l'effet d'en extraire ce qui concerne le diffé- « rend. » La loi laisse donc au pouvoir discrétionnaire du magistrat d'ordonner ou non la représentation des livres de l'une des parties.

Mais ce pouvoir discrétionnaire du juge ne porte aucune atteinte au principe de la communité des livres; c'est en vertu de ce principe même qu'il en ordonne la représentation ; sans cela il n'en aurait ni le droit ni la faculté.

178. — Mais le droit des parties de demander, et le pouvoir du juge d'ordonner la représentation des livres, jusqu'où s'étendent-ils ? Par exemple, chargé par moi de faire des achats et n'ayant pas de fonds pour exécuter le mandat, vous empruntez d'un tiers à qui vous donnez connaissance de votre entreprise et qui en fait mention sur ses registres. Puis-je demander, le juge peut-il ordonner qu'ils soient représentés? Il faut répondre que non, bien que ces livres, par la mention qu'ils renferment, soient de nature à donner des éclaircissements sur la contestation élevée entre nous touchant la commission que vous déniez avoir reçue.

Ce mode de vérification, ayant pour objet la recherche de la vérité, semble, au premier abord, devoir être per-

mis; mais le Code de procédure (art. 839) n'autorise le compulsoire que vers les notaires et les dépositaires publics, et uniquement sur la demande des parties intéressées en nom direct, des héritiers ou ayants-droit. La disposition statuant sur ce seul cas ne peut, par cela même, s'étendre aux livres et registres des tiers particuliers. Ainsi l'exige le secret indispensable dans les affaires de commerce : *Mercatores non solent tàm propria quàm aliena negotia propalare* (Casareg., Disc. 76, n° 5).

Mais si, faisant librement ce à quoi il ne peut être contraint, ce tiers représente ses livres, le juge peut-il en prendre droit, et quel degré de preuve pourra-t-il en résulter? La mention faite sur les livres de ce tiers qu'il vous a prêté une somme d'argent pour exécuter les achats que je maintiens vous avoir commandés, est respectivement à moi *res inter alios acta.* Elle ne ferait pas preuve contre moi, si je contestais avoir donné le mandat ; elle ne peut donc prouver en ma faveur, quand je prétends l'avoir donné. Si donc le juge vous condamnait sur la foi de cette seule mention, il violerait l'art. 1119 du Code civil, et l'art. 109 du Code de commerce qui n'admet en preuve que les *livres des parties.* Mais ce n'est pas un motif pour rejeter entièrement les livres-tiers. Car, comme le remarque fort bien M. Toullier (t. 8, n° 395), *l'article ne défend point aux juges d'y avoir égard. Voici le système adopté par les rédacteurs de la loi : ils ont cru qu'il ne fallait pas établir une règle absolue qui liât les juges de manière qu'il ne leur fût pas permis de suivre l'équité, sous peine de voir annuler leurs jugements* (M. Locré, art. 109 C. com.). Mais que faut-il entendre par les mots *avoir égard?* Cela veut dire simplement que le juge, pouvant entendre ce que le tiers dirait comme témoin, peut aussi prendre en considération ce qu'il a écrit sur son livre, non

pas comme une preuve, la loi et l'équité en seraient blessées, mais comme une présomption qui, réunie à d'autres présomptions, s'il en existe, peut équivaloir à une preuve complète (art. 1353 C. civ.).

Que décider à l'égard du négociant qui aurait vendu au commissionnaire les marchandises indiquées dans le mandat? *V. g.*, chargé d'acheter pour moi dix tonneaux de vin à Bordeaux, vous exécutez la commission sans m'en donner avis; puis trouvant l'achat à votre convenance, vous niez le mandat; je n'en ai aucune preuve, mais j'en apprends l'exécution. Puis-je demander la représentation des livres du vendeur? Il faut distinguer. Si en achetant vous m'avez nommé, et que mon nom soit mentionné sur les livres du vendeur, il n'en peut refuser la représentation; ce n'est plus là *res inter alios acta.* Ce négociant, qui n'a pu s'enquérir de mon nom et l'enregistrer que dans le but de recourir vers moi comme ayant profité de la marchandise, si mon commissionnaire ne la lui payait pas, n'a point fait une opération où il puisse me dire sans intérêt. Mais, s'il a traité sans me connaître, il peut me répondre qu'étranger à mes affaires, il n'est nullement obligé à me déclarer les siennes : *Nemini licet mercatorum secreta vel arcana rimare et penetrare* (Casareg. Disc. 76, n° 6). Il ne doit donc pas la représentation de ses livres. La fait-il volontairement, c'est le cas du négociant dont on vient de parler, qui avait prêté pour exécuter le mandat.

179. — Résumons : deux conséquences sont à recueillir de ce qui précède ; la première, c'est que, de commerçant à commerçant qui ont traité ensemble, leurs livres ne sont pas des écritures réciproquement et purement privatives, chacun de ces commerçants étant réputé, par rap-

port à l'autre, les avoir passées dans leur intérêt commun comme *procurator in rem suam*. En second lieu, un tiers qui n'est point aux qualités dans une contestation, peut ou ne peut pas être tenu d'y produire ses livres, selon qu'il y a ou n'y a pas mentionné, d'après la déclaration de l'une des parties, qu'elle faisait, pour compte et par ordre de l'autre, l'opération devenue l'objet du litige; et, si la production est purement volontaire, le juge l'apprécie avec la même réserve et à la même valeur qu'un simple témoignage. Il reste à déterminer l'effet judiciaire des livres entre les parties.

180. — On a dit, n° 67, quelles précautions a prises l'art. 8 du Code de commerce en vue de la régularité des livres. La loi aurait pu exiger davantage, et pourtant elle ne serait pas tout à fait impuissante, si l'on tenait la main à son exécution. Mais *quid vanæ proficiunt leges sine moribus!* De toutes les lois commerciales, il n'en est aucune aussi peu respectée, et pas une seule dont l'objet soit plus important, puisqu'elle a pour but de prévenir les antidates, les intercalations frauduleuses et tant d'autres manœuvres dont les exemples viennent chaque jour scandaliser les tribunaux. Néanmoins, comme le dit le cardinal Tuschi (t. 2, p. 814), *semper lex loquitur;* la loi proteste toujours contre l'abus, et un usage abusif ne peut prévaloir sur celles faites tout exprès pour empêcher la fraude : *Consuetudo non valet contrà legem introductam ad tollendas fraudes.* Nous devons donc raisonner d'après le Code comme s'il était fidèlement exécuté.

181. — Observons d'abord une notable différence entre la communication dont il est parlé en l'art. 14 du Code de commerce, et la représentation dont il s'agit dans

l'art. 15. La première ne peut être ordonnée que dans quatre cas : succession, communauté, société, faillite. La communication permet de prendre une entière connaissance des livres. Au contraire leur représentation n'a lieu que pour en extraire *ce qui concerne le différend.* En ne prescrivant pas la manière de faire ces extraits, la loi laisse à la prudence du juge d'ordonner les mesures nécessaires pour qu'aucun des articles relatifs à la contestation ne soit caché à la partie qui a intérêt à les connaître, et qu'elle ne puisse se livrer à aucune exploration étrangère au litige. Celui qui requiert la représentation des livres doit préciser, autant que possible, les articles à vérifier, et approximativement le temps dans lequel ils ont dû être écrits : *Mercator tenetur tantùm exhibere libros in eâ parte aut pagellâ ubi adest controversia* (Casareg. Disc. 30, n° 79). C'est une sorte de compulsoire ; les extraits ne peuvent donc être valablement faits qu'en présence du propriétaire des registres, ou lui dûment appelé : *Ex libris mercatorum extractio partitarum facta sine citatione partis, non valet* (Casareg. Disc. 202, n° 35).

182. — Trois hypothèses principales peuvent se réaliser à l'occasion de la preuve par les livres. Tantôt c'est le juge qui en ordonne la production *utrinquè*, tantôt ce sont les parties qui les produisent spontanément ; ou bien, quand l'une d'elles représente ses livres, l'autre refuse de représenter les siens, malgré la réquisition de l'adversaire ou l'ordonnance du juge.

183. — Lorsqu'il résulte des livres du demandeur qu'il a fait une proposition ou donné des ordres, et de ceux du défendeur qu'il les a acceptés, soit par lettres, soit par un fait d'exécution, il est clair que la preuve du contrat est

complète, les livres fussent-ils irréguliers des deux côtés, les parties ne pouvant s'entre-reprocher leur commune contravention. Dans ce cas les livres de chacun des contendants font foi contre lui (art. 1330 C. civ. et 13 C. com.).

Quand, les livres étant également réguliers de part et d'autre, ceux du demandeur seul mentionnent une proposition, ou ceux du défendeur seul une acceptation, on ne peut pas dire que le contrat soit prouvé ; car, si les livres font toujours preuve contre celui qui les a tenus, ils ne font pas toujours preuve en sa faveur. Aussi l'art. 12 du Code de commerce porte-t-il que les livres *peuvent* et non *doivent* être admis par le juge pour faire preuve entre commerçants. Le demandeur devrait donc, suivant la rigueur du droit, être débouté de sa demande, d'après la maxime : *Actore non probante, reus absolvitur.* Mais comme le législateur a voulu que les tribunaux de commerce ne fussent pas astreints à juger suivant une règle absolue, il est laissé à la discrétion du juge, dans le cas proposé, de puiser des éléments de conviction dans les circonstances, de considérer les relations antérieures entre les parties, ainsi que leur probité et leur bonne foi dans leurs opérations habituelles, en un mot, d'éclairer sa conscience par tous les moyens que la loi n'a pas prohibés. Par exemple, si le demandeur est un homme loyal et de probité, *vir integræ existimationis,* un négociant soigneux de ses affaires, ponctuel dans l'exécution de ses engagements, et d'une vie sans reproche, tandis que le défendeur ne jouit pas de la même réputation, le juge peut, quand le fait allégué lui paraît vraisemblable, s'écarter de la rigueur du droit, avoir égard aux livres du demandeur, ou lui déférer le serment pour compléter la preuve.

Mais si les livres du défendeur sont réguliers et ceux du demandeur irrégulièrement tenus, alors le serment ne

peut pas lui être déféré par le juge, quelle que soit la bonne réputation de ce demandeur, et la mauvaise réputation de son adversaire ; car, des livres irréguliers ne pouvant faire foi de rien en faveur de celui qui les a tenus, il n'y aurait ici aucun commencement, aucun adminicule de preuve ; et, comme le serment ne peut être déféré par le juge, que lorsque la demande *n'est pas totalement dénuée de preuve* (art. 1369 C. civ.), il s'ensuit que le jugement qui l'aurait déféré ne pourrait manquer d'être réformé ou cassé pour violation de cet article.

184. — Dans tous les cas où il s'agit de preuves tirées des registres, non-seulement les parties peuvent se demander mutuellement la représentation de leurs livres, mais le juge peut aussi l'ordonner d'office pour en extraire ce qui concerne le différend (art. 15 C. com.). Mais dans cet article se reproduit l'expression facultative *peuvent*, dont s'est servi l'art. 12, et cela dans l'intention bien évidente de n'imposer à cet égard aucune obligation au juge, et de tout laisser à sa discrétion consciencieuse. C'est pour rendre illimité ce pouvoir discrétionnaire que l'art. 15 permet aux tribunaux d'ordonner, *même d'office*, la représentation des livres, faculté que ne leur accordait pas l'ordonnance de 1673. Aussi la Cour de cassation a-t-elle décidé, par un arrêt de rejet du 20 août 1818, que, « dans « les contestations entre négociants, il est laissé au pou- « voir discrétionnaire du juge d'ordonner ou de ne pas or- « donner la représentation des livres de l'une des parties, « même lorsque l'autre partie offre d'y ajouter foi. »

185. — M. Toullier (t. 8, n° 383) s'exprime en ces termes : « Si le demandeur a des livres régulièrement te- « nus, et si défendeur déclare n'en point avoir ou refuse

« de les représenter, il est en faute. Les livres de son ad-
« versaire doivent être admis à faire preuve complète, sans
« autre adminicule, sans serment supplétoire. »

Cette décision, tirée de l'ancienne jurisprudence, n'est pas plus dans le texte de la loi que dans son esprit. Le pouvoir conféré au juge par l'art. 12 du Code de commerce est, comme on l'a vu, purement facultatif. En vertu de cet article, le juge peut accorder les conclusions du demandeur sans prendre son serment; cela est incontestable; mais il n'y est pas tenu, et il est même rare qu'il puisse le faire sans manquer de prudence. Nul doute que le défendeur ne soit en faute, pour n'avoir pas tenu de livres; mais aucune disposition légale ne dit que, pour cette faute, il sera condamné *de plano*, et si le demandeur n'a pas d'autres adminicules de preuves que son livre, il est de la sagesse et de l'équité du juge de lui imposer l'obligation du serment. Cela est si vrai que, malgré toute la régularité de ses livres, le juge ne violerait aucune loi en le déboutant purement et simplement de sa demande ; car, encore une fois, l'art. 12 ne contient qu'un pouvoir facultatif et discrétionnaire ; et, en cette matière, on a cru nécessaire de laisser au juge une entière liberté de conscience.

En effet, la régularité apparente des livres ne prouve pas toujours la probité de celui qui les représente ; l'expérience ne le démontre que trop souvent. Il peut arriver qu un commerçant malhonnête homme, sachant qu'un autre commerçant ne tient pas de livres, imagine de constater sur les siens une opération sans réalité. Le juge serat-il obligé, si sa conviction y résiste, de tenir pour la vérité même les écritures produites, et de consommer la ruine du défendeur, pour la seule faute de n'avoir pas tenu de livres? Il faudrait pour cela un texte formel, et le texte n'existe nulle part.

Bien plus, alors même qu'il est prouvé que le défendeur a tenu des livres, et qu'il refuse de les représenter, le pouvoir discrétionnaire du juge n'en existe pas moins, *stricto jure*, d'accorder ou de refuser les conclusions du demandeur. L'abus manifeste de ce pouvoir ne donnerait point ouverture à cassation. Mais comme une telle prévarication ne se suppose pas, le demandeur ne peut guère, dans le cas proposé, manquer d'obtenir ses conclusions, sans qu'il soit besoin de son serment. Car, étant prouvé que le défendeur a tenu des livres, son refus de les produire contient l'aveu implicite de la vérité des livres de l'autre partie.

L'espèce inverse peut avoir lieu : c'est le demandeur qui n'a pas de livres et le défendeur qui produit les siens pour les opposer à la demande. Dans ce cas, comme dans le précédent, il est laissé à la conscience et à l'appréciation du juge de rejeter purement la demande, fût-elle fondée sur un titre, en ajoutant foi aux livres du défendeur, avec ou sans le serment de ce dernier, ou de la tenir pour prouvée en refusant toute créance aux livres produits.

186. — Il y a cette différence entre la représentation ordonnée d'office par le juge et la représentation requise par une partie que, dans cette dernière, la partie doit offrir d'ajouter foi aux livres de son adversaire. Dans le premier cas, le juge use, *ad arbitrium boni viri*, du pouvoir que la loi lui a confié ; dans le second, il est requis, et il n'est tenu de faire droit à la réquisition, que sous la condition prescrite par l'art. 17 du Code de commerce. Si la représentation requise a été ordonnée par lui et qu'elle ne soit pas faite, il peut déférer le serment à la partie requérante ; mais il n'y est pas tenu, comme l'enseignent Bor-

nier et Jousse. Le Code, on l'a précédemment remarqué, a innové à l'ordonnance de 1673.

Si la représentation des livres a été ordonnée ou requise, celui qui prétend en tirer avantage ne peut, dans quelque état qu'ils soient, diviser les mentions qui y sont inscrites, s'étayer des unes et rejeter les autres. Il doit les accepter dans leur entier pour ou contre lui. Dans ce cas, les livres d'un commerçant irrégulièrement tenus, ou même les livres réguliers, lorsque les trois livres principaux et surtout le journal manquent, rentrent dans la classe des registres domestiques dont parle l'art. 1331 du Code civil, qui font foi contre celui qui les a tenus, sans pouvoir créer un titre en sa faveur.

187. — Suivant l'art. 11 du Code de commerce, les commerçants ne sont tenus de conserver leurs livres que pendant dix années, encore bien que certaines dettes commerciales ne soient prescriptibles que par 30 ans, *v. g.* celle qui résulte d'un compte-courant ; ce temps expiré, la loi présume qu'ils sont perdus. Dans ce cas, les tribunaux pourraient-ils, sur la demande de l'une des parties ou d'office, ordonner la représentation de livres d'une date de dix années antérieure à la contestation ; et, sur le refus de les produire, déférer le serment à l'autre partie ? Il faut distinguer. Si ces livres n'existent plus, ou si leur existence n'est pas prouvée contre celui qui les refuse, ce refus n'élève contre lui aucun soupçon de mauvaise foi ; il se couvre d'une présomption que le juge ne peut écarter. La représentation ne peut donc être ordonnée, ni le serment déféré à l'autre partie. Il ne resterait à celle-ci d'autre ressource que de déférer à son adversaire le serment décisoire sur la non-existence ou la perte des livres (art. 1358 C. civ.). Mais s'il est prouvé que les livres

existent, la présomption légale qui, de sa nature, doit céder à la vérité, cesse dès ce moment; le magistrat affranchi de son empire peut ordonner la représentation, et, si on la refuse, déférer le serment à l'autre partie.

188. — Au reste, le journal, le livre des inventaires et celui de copies de lettres ne sont pas les seuls dont la représentation puisse être faite, demandée ou ordonnée d'office. Il suffit que les autres livres, nommés auxiliaires, soient réguliers (art. 12 C. com.), pour que celui qui les a tenus puisse les invoquer; mais il ne le peut qu'à l'appui et pour l'explication des trois premiers livres, et principalement du journal, du livre *indispensable*. Si donc il n'a pas ces livres, ou s'il les a irréguliers, vainement, pour y suppléer, invoquerait-il le secours de ses livres auxiliaires. Mais s'il est prouvé qu'il en possède, on peut le forcer de les produire, n'eût-il pas les livres fondamentaux; dans ce cas, ses livres auxiliaires, impuissants à rien prouver en sa faveur, quand bien même ils seraient réguliers, pourraient seulement faire preuve en faveur de son adversaire, tout irréguliers qu'ils fussent. C'est une juste conséquence de la combinaison de l'art. 1331 du Code civil avec l'art. 13 du Code de commerce.

189. Lorsque, par suite d'un contrat consensuel, un débat s'engage en France entre un Français et un étranger, il peut arriver que le juge soit tenu de déposer son pouvoir discrétionnaire, pour ajouter pleine foi aux livres de celui des contendants qui les présenterait conformes aux exigences de la loi de son pays, si l'autre partie n'en produit pas, ou n'en produit que d'irréguliers, suivant la loi du sien. Par exemple, lorsqu'au moment de

m'embarquer pour retourner à Lorient où j'habite, je dis, de vive voix, à Louis Lopez, mon correspondant, qui est venu me conduire jusqu'à l'embarcadère, de m'expédier, le plus tôt possible, 20 quartauts *Malaga*, à tel prix, de telle année et de telle qualité ; s'il me répond sur-le-champ qu'il exécutera mon ordre, il est évident que le contrat se forme sous l'empire de la loi espagnole ; et il se serait tout aussi bien formé en Espagne, par l'exécution complète ou seulement commencée d'un mandat que j'eusse, de Lorient, adressé à Lopez. Or les vins m'ayant été expédiés et facturés à 1200 réaux le quartaut, tandis que je soutiens qu'ils ne devaient l'être qu'à 900 d'après notre convention orale, je suis assigné devant le tribunal de mon domicile. Si mes livres sont irréguliers et ceux de Lopez exactement conformes au prescrit du Code espagnol, ses écritures feront pleine foi pour lui en France, comme ils feraient pleine foi en Espagne, que j'ai acheté les vins à 1200 réaux le quartaut. A la vérité, si, m'ayant cité devant le juge espagnol, Lopez eût obtenu jugement contre moi, ce jugement ne serait exécutoire en France qu'après que mes juges naturels en auraient vérifié et déclaré le bien jugé. Mais, comme le dit Boullenois (*Questions mixtes*, 17e quest., p. 331), *le droit des parties ne dépend pas du hasard des juridictions ; stylus respicit ordinem litis, non decisionem.* En vertu de ce principe, Lopez est soumis à la forme de procéder en France. Mais, *tacito populorum consensu*, les contractants sont soumis aux lois du pays où le contrat se forme, non-seulement pour ce qui est de sa nature et de son mode d'exécution, mais encore pour ce qui concerne la preuve de tout ce qui s'y rapporte. C'est d'après ce principe admis chez toutes les nations, *usu exigente et humanis necessitatibus*, qu'on admet sans difficulté, dans les tribunaux français, une enquête édifiée à l'étranger selon les

formalités du pays. Le juge est donc tenu de prendre pour constant le fait constaté par les livres de Lopez; nous pensons même que, s'il ne le faisait pas, son jugement devrait être cassé pour violation de l'art. 42 précédemment cité du Code de commerce espagnol, devenu accidentellement une loi française entre les contractants, et de la disposition finale de l'art. 45 touchant le commerçant qui ne tient pas ses livres conformément à la loi: « Y será juzgado en la controversia que diere lugar á la « providencia de exhibicion, y cualquiera otra que tenga « pendiente, ó le occurra hasta tener sus libros en regla, « per los asientos de los libros de su adversario, sempre « que estos se encuentren arreglados, sin admitirle prueba « en contrario » (1).

Mais si, le jour ou le lendemain de mon arrivée à Lorient, j'ai passé écriture de mon achat à 900 réaux le quartaut, et que mes livres soient tenus comme le prescrit le Code de commerce, le juge ne pourrait, cette fois, les admettre ou les rejeter *pro arbitrio*, bien qu'il le pût faire si la contestation était entre Français, parce que, s'il n'y a convention contraire, c'est un principe de raison et d'équité qu'entre contractants le droit est égal de part et d'autre. Par conséquent, mes livres étant aussi bien tenus que ceux de mon adversaire, ces livres se neutralisent, et le juge doit nous juger selon les règles du droit. C'est ce que porte encore la disposition finale de l'art. 53 du Code espagnol : «*Finalmente, cuando resulte prueba contradic-« toria de los libros de las partes que litigan, y unos y*

(1) Art. 45. Il sera jugé dans la cause qui aura donné lieu à la demande d'exhibition et dans toute autre qui sera pendante où l'autre présentera des livres réguliers, par les écritures des livres de son adversaire, sans qu'il puisse être admis à la preuve contraire. (Traduction de M. V. Foucher.)

« *ostros se hallen con todas formalidades necessarias*, y sin « vicio alguno, el tribunal prescindirá de este medio de « prueba, y procederá por los meritos de las demas pro- « banzas que se presenten calificandolas segun las reglas « communes del derecho » (1). Or, dans le cas posé, où il n'y a d'autres documents que les livres, Lopez ne peut que succomber, puisque tout demandeur doit prouver sa demande, et qu'entre deux prix, l'un plus fort, l'autre plus faible, dont le *maximum* et le *minimum* restent dans une égale incertitude, le juge ne doit jamais allouer que le moindre.

(1) Enfin, si une preuve contradictoire résulte des livres des parties litigantes, et si ces livres sont revêtus de toutes les formalités nécessaires sans être infectés d'aucun vice, le tribunal écartera ce mode de preuve, et procédera suivant les règles ordinaires du droit (même traduction).

§ VII

DE LA PREUVE TESTIMONIALE.

SOMMAIRE.

190. Origine et cause de la prohibition de la preuve testimoniale; ses effets actuellement.

191 Cette prohibition n'a jamais été dans le commerce une règle générale; néanmoins la loi ne commande pas la preuve par témoins; elle s'en remet à la prudence du juge.

192. Le juge commercial est-il tenu de l'admettre, lorsque l'objet du contrat est d'une valeur au-dessous de 150 fr.? Réponse négative.

193. La preuve testimoniale est-elle admissible pour constater une convention par laquelle on aurait dérogé à un acte notarié ou sous seing privé? Distinction.

194. Le contrat étant régi par la loi du lieu et par la loi du temps où il s'est formé, lorsqu'il s'est parfait dans un lieu où la loi n'admet pas la preuve par témoins, cette preuve est-elle recevable si l'action est portée devant devant un Tribunal français? Solution négative de la question.

195. Devant les tribunaux de commerce, comme devant les tribunaux civils, il est des personnes qui ne peuvent être entendues en témoignage, et d'autres que l'on peut seulement reprocher; art. 268 et 283 du Code de procédure civile; on ne doit pas confondre les prohibitions avec les reproches.

196. C'est surtout dans la jurisprudence commerciale qu'il ne convient pas d'admettre un système d'exclusion absolue, parce qu'il y a souvent nécessité d'invoquer des témoignages qui ne sont pas entièrement désintéressés.

197. Le commissionnaire peut-il être témoin, pour son commettant, contre le tiers avec lequel ce commissionnaire a traité? Une distinction doit être faite.

198. Mais rien n'empêche que ce tiers n'invoque le témoignage du commissionnaire contre le commettant, à moins que celui-ci ne dénie avoir donné mandat.

199. Espèce où le témoignage du commissionnaire est invoqué par deux commettants à la fois, et où le commissionnaire devient témoin nécessaire.

200. Un témoin contre lequel il peut exister des motifs fondés de reproche, est-il en droit de se récuser lui-même? Il ne le peut, s'il ne s'agit que des reproches mentionnés dans l'art. 268 du Code de procédure civile; espèce qui s'est présentée devant le tribunal de commerce de Marseille; arrêt de la Cour d'Aix; observations.

201 Les courtiers et agents de change peuvent-ils être entendus comme témoins? Renvoi ; droit anglais.

202.. Un associé qui a seul la signature sociale, assigné seul à raison d'un contrat, *v. g.*, d'un mandat qu'il dénie, ne peut reprocher son coassocié appelé comme témoin.

203. Le juge étant armé d'un pouvoir discrétionnaire, on abandonne à sa conscience l'appréciation des preuves résultant de l'enquête ; erreur de l'ancienne jurisprudence, où l'on tenait pour constant un fait prouvé par deux témoins non reprochés.

204. En matière de faits non constatés par acte faisant foi en justice, principalement de faits qui tombent en preuve par témoins, le juge est-il tenu de juger *secundùm allegata et probata,* sans avoir égard à la connaissance personnelle qu'il a de ces faits, et à sa conviction, par quelque moyen qu'il se soit convaincu? Réfutation de la doctrine de M. Toullier, qui soutient que le juge doit toujours juger *secundùm allegata et probata;* explication des autorités qu'il invoque à l'appui de son opinion.

190. — En général, dans le droit civil, la preuve vocale, toujours admissible en toutes choses n'excédant pas la somme ou valeur de 150 fr., ne peut être admise au delà de cette limite, si ce n'est en certains cas déterminés par la loi, ou qu'il s'agisse de faits de dol, de fraude ou de violence allégués contre un acte (art. 1341, 1347, 1348 C. civ.).

Si vous demandez l'origine de cette prohibition aux auteurs contemporains de l'Ordonnance de 1566 qui l'introduisit en France, ils répondent qu'elle est due à la perversité humaine toujours croissante, ou même déjà parvenue dès lors à son comble. Boiceau, entre autres, s'écriait : *Adeò exolevit priscorum hominum fides et pietas, suique ipsius ita nunc factus est homo dissimilis, ut quem Deus ipsissima veritas ad suî imaginem fecerat... nunc ita à veritate fit alienus, ut ejus testimonium olim sanctissimum, nunc corruptissimum in omnibus quasi negotiis experiatur.* Mais, bien longtemps avant Boiceau et Charles IX, Charlemagne déplorait le même désordre dans un de ses Capitulaires, et, bien avant encore, Horace exhalait les mêmes plaintes, ou plutôt les répétait après beaucoup d'autres. Retranchons donc, sans scrupule, de notre chronologie ce beau siècle d'Astrée, où le mensonge était inconnu. Le cœur de l'homme est aujourd'hui ce qu'il sera, ce qu'il fut toujours. Ce sont les temps qui changent; les circonstances et les mœurs ne sont pas permanentes, et c'est dans ce changement qu'il faut chercher le motif des lois aussi bien que la cause de leur désuétude. Chez nous, la prohibition de la preuve vocale naquit de la défiance qu'inspiraient les témoins, dans un temps où tout n'était que troubles et factions, et du besoin d'obvier à la lenteur des procédures, non moins qu'à la multiplication des procès, à une époque où la justice était mal

administrée, et l'usage de l'écriture peu répandu dans le peuple. Mais ce qui alors put produire d'heureux effets, a-t-il aujourd'hui la même utilité? Il est permis d'en douter. Ce qui est certain, c'est qu'inconciliable avec les principes du droit, la prohibition ne se concilie pas mieux avec la loi qui l'établit; car, en fait de contrats, quel autre fondement ont toutes les preuves judiciaires, sinon le témoignage des hommes? Et, puisque c'est sur lui que repose la foi due à l'acte notarié lui-même, la plus éminente des preuves judiciaires, pourquoi le rejeter quand il s'agit d'une convention orale? Un sens droit n'avoue pas cette distinction arbitraire, dont le vice se décèle dans les contradictions qu'elle produit.

En effet, réputée *d'ordre public* (ainsi le décide la jurisprudence), la prohibition dépouille ce caractère aussitôt qu'il existe ce que l'art. 1347 du Code civil appelle *un commencement* de preuve par écrit; et, comme à défaut de quelques lignes dont le demandeur est ordinairement armé, il s'en procure presque toujours l'équivalent, soit par une correspondance insidieuse, soit par un essai de conciliation ou un interrogatoire sur faits et articles, il s'ensuit que la loi prépare elle-même des moyens de l'éluder d'autant plus faciles, que l'appréciation du commencement de preuve est nécessairement abandonnée à l'arbitrage du juge. Mais ce qu'on doit regretter encore davantage, c'est que la prohibition, dont le principal but est de prévenir les procès, n'a d'autre résultat que de les multiplier. Au seizième siècle, l'effet a pu en être différent; mais « les Codes des peuples *se font avec le temps;* « à proprement parler, *on ne les fait pas* (1). » Vérité profonde qui avertit le législateur de savoir les temps pour

(1) Discours préliminaire du Code civil.

y accommoder ses lois. Or, depuis l'Ordonnance de 1566, pense-t-on que rien n'ait changé autour de nous, que la valeur du marc d'argent? Les circonstances ne sont plus les mêmes, comme nous le disions tout à l'heure. La propagation des écoles primaires et l'institution des écoles régimentaires font qu'aujourd'hui on sait généralement lire et écrire; encore quelques années, et nul n'en sera incapable. Mais sait-on, pour cela, la chose du monde peut-être la plus difficile en affaires, rédiger une convention et toutes ses clauses avec clarté et précision? Cependant, ce qui ne pouvait se pratiquer en 1566 et beaucoup plus tard, l'acte sous seing privé, est actuellement le mode de contracter le plus usuel, par le double appât d'éviter les frais d'un acte notarié, et de se soustraire à la fiscalité qui en est la suite. Qu'arrive-t-il? Obscure par sa rédaction et le plus souvent imparfaite, rarement la convention laisse-t-elle pénétrer la véritable intention des parties. Des mots employés sans intelligence de ce qu'ils signifient, donnent lieu à une foule de contestations et de difficultés; chaque jour en fournit des exemples; tandis que deux ou trois témoins expliqueraient nettement de quoi les contractants sont convenus. D'ailleurs cette preuve n'a plus le même danger qu'au temps où le magistrat se croyait tenu de juger toujours *secundùm allegata et probata*; aujourd'hui, quel que soit le nombre des témoins, le juge d'un fait n'obéit qu'à sa conviction. Sans doute la loi se montre fort sage en exigeant la preuve écrite de certains contrats, tels, par exemple, que celui de mariage, les donations, les sociétés, les chartes-parties et beaucoup d'autres encore, parce que la multiplicité des clauses et des indications que ces actes doivent contenir, ne permet pas de croire qu'elles restent fidèlement gravées dans la mémoire des témoins. Voilà le point d'où il fallait partir, au

lieu de prendre pour base une valeur pécuniaire ou vénale, qui, après tout, est relative à la fortune des contractants. Mais, hors ces cas et les analogies que la raison indique, nous n'apercevons pas de motifs suffisants pour proscrire la preuve testimoniale.

191. — Aussi la prohibition de la loi civile n'a-t-elle jamais pu s'imposer au commerce comme règle générale. L'Ordonnance de Moulins ne faisait pourtant aucune exception ; mais l'usage prévalut contre elle dans les juridictions consulaires. Ce même usage, respecté par l'Ordonnance de 1669, est maintenu par la nouvelle législation (art. 1341 C. civ., 109 C. com.). Le législateur a pensé avec raison qu'entre commerçants il ne fallait exclure aucun moyen de connaître la vérité. On a préféré le danger de quelques fraudes particulières à celui beaucoup plus grave d'entraver les négociations, et de tromper la foi en exigeant des précautions exclusives de la confiance, et souvent impraticables dans le renouvellement successif d'une multitude d'opérations. Ainsi, en général, toute convention commerciale, pour l'existence ou la constatation de laquelle un écrit n'est pas exigé, peut se prouver par témoins. Cependant cette preuve n'a pas paru exempte des dangers qui l'ont fait restreindre en matière civile. Le Code ne la commande donc pas (art. 109 C. com.); il s'en remet à la prudence des juges ; c'est là toute sa limite. Son rejet ou son admission peut être un mal jugé, mais jamais une violation de la loi, donnant lieu à cassation (Sirey, 13, 1, 453).

192. — Mais le juge la violerait-il (art. 1341 C. civ.), si l'objet du contrat, étant d'une valeur au-dessous de 150 fr., il refusait de recevoir la preuve testimoniale?

M. Duranton (t. 13, n° 341) enseigne l'affirmative, *parce que, si les lois du commerce modifient le droit civil, c'est par extension de la faculté accordée d'accueillir la preuve par témoins*, et non pour restreindre ce *droit, qui appartient à toute partie d'après le droit commun.* Cette opinion n'est que spécieuse. L'art. 109 du Code de commerce ne fait point cette distinction ; il dit que les achats et ventes se constatent par la preuve testimoniale, *dans le cas où le tribunal croira devoir l'admettre.* Le législateur n'impose donc aucune nécessité au juge, et il ne le pouvait sans détruire toute l'harmonie du Code. En effet, le commerçant qui demande la preuve par témoins est, quant aux opérations de son négoce, à quelque valeur qu'elles s'élèvent, en dehors du droit civil, tenu qu'il est d'avoir des livres, obligation étrangère aux autres citoyens. Si ses écritures ne mentionnent pas plus la convention que les livres de son adversaire, ce commun silence met le juge en droit de présumer que cette convention n'a rien de réel, et d'appliquer la règle *actore non probante, reus absolvitur.* L'unique ressource du demandeur est de déférer le serment à son adversaire.

Dans l'ordre établi par l'art. 109 du Code de commerce, ce genre de preuve précède la preuve testimoniale, ce qui n'est pas indifférent, comme on le voit dans le rapport de l'orateur de la section intérieure du Tribunat, du 11 septembre 1807. « Le titre 7ᵉ, dit-il, règle les diverses « espèces de preuve par lesquelles se constatent les « ventes et achats, et *indique l'ordre dans lequel elles doi- « vent être admises, soit qu'elles concourent ensemble,* « soit à défaut *les unes des autres.* Il est *même* laissé aux « tribunaux la *faculté* d'admettre *la preuve testimoniale.* « Pourquoi ? Parce que, continue l'interprète de la loi, il « est une multitude de cas, même d'une assez grande im-

« portance, tels que les ventes et achats de denrées territoriales et de bestiaux dans les foires et marchés, où elle « est la seule que l'on puisse se procurer. »

L'orateur du Tribunat n'ajoute point : *Parce qu'il y a des achats et des ventes au-dessous de* 150 fr. En parlant des tribunaux, il dit qu'on leur *a laissé une faculté,* et non pas *imposé un devoir.* Pourquoi encore? Évidemment parce que le commerçant n'est pas sous l'empire du droit civil, et qu'obliger le juge, sous peine de cassation de son jugement, à recevoir la preuve testimoniale toutes les fois qu'il s'agit de moins de 150 fr., ce serait indirectement dispenser les commerçants de passer écriture de tout ce qui n'atteindrait pas cette somme, et briser l'économie de la loi commerciale, tandis que, dans le système du pouvoir facultatif, l'équité peut toujours être suivie sans que la loi soit jamais violée.

193. — La preuve testimoniale est-elle admissible pour constater des conventions par lesquelles un des contractants alléguerait que, d'accord avec l'autre partie, il a été dérogé à un acte authentique ou sous seing privé? Dans la solution de cette question, qui se présente fréquemment, il faut distinguer entre les contrats qui doivent être rédigés par écrit, et les contrats purement consensuels. Les premiers étant assujettis à la formalité de l'écriture, aucune preuve par témoins ne peut être admise *contre* et *outre* le contenu aux actes, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit *avant*, *lors* ou *depuis*, encore qu'il s'agisse d'une valeur au-dessous de 150 fr. (art. 1341 C. civ., 39 C. com.). Car, la modification alléguée se rattachant à une convention qui devait être écrite, et n'étant pas d'une autre nature, dès que la convention ne peut être prouvée par témoins, la modification dérogatoire ne

saurait l'être davantage. Aussi M. Toullier (t. 9, n° 41) dit-il que le consentement des parties n'autoriserait même pas la preuve vocale ; le juge devrait la rejeter d'office. La défense de l'admettre a été faite au juge « pour obvier « à cette multitude de procès dispendieux et compliqués « que faisait naître l'admission de la preuve testimoniale, « dans les cas où l'on avait pu s'en procurer une litté- « rale... et de rendre moins fréquents les faux témoigna- « ges et les subornations de témoins; et certes, ce motif « n'intéresse pas seulement les parties plaidantes ; il in- « téresse encore la morale publique. » Dès lors la prohibition est d'ordre public. Or, *jus publicum privatorum pactis non potest immutari*. L. 38, D. *de pactis* ; art. 6 du Code civil.

Mais il n'en est pas ainsi des contrats que la loi n'assujettit point à la formalité de l'écriture. Parfaits par le seul consentement mutuel, un même consentement les dissout (art. 1134 C. civ.), à plus forte raison, les modifie ou y déroge, et rien n'empêche, dans ce cas, l'admission de la preuve testimoniale même sur des faits antérieurs à la convention verbale.

En est-il de même lorsque les parties, sans y être astreintes, ont néanmoins contracté par écrit. Dans ce cas il faut distinguer encore. Si les contractants ont voulu faire dépendre la validité de leur engagement de sa rédaction par écrit, la loi qu'ils se sont imposée est aussi obligatoire que si une disposition formelle du Code leur eût défendu tout autre mode de contracter. Seulement la preuve vocale peut être ordonnée de leur consentement mutuel ; car ce n'est pas la loi qui leur avait interdit ce genre de preuve ; c'est leur propre volonté à laquelle ils sont libres de déroger d'un commun accord.

Mais, quoique la convention soit écrite, s'il n'apparaît

pas qu'on ait voulu en faire dépendre la validité de cette forme de constatation, la preuve orale peut être reçue et même ordonnée d'office, malgré l'opposition de l'une des parties, et alors il y a encore lieu à une distinction touchant les faits articulés.

S'ils sont antérieurs au contrat ou de la même date, la partie qui se plaint doit s'imputer de n'avoir pas fait insérer dans l'acte les modifications qu'elle allègue. C'est précisément pour prévenir de semblables allégations et l'effet du temps sur la mémoire, qu'on stipule par écrit. L'acte est donc par lui-même une présomption grave qu'il contient tout ce que les parties ont voulu au moment où elles l'ont signé; admettre des témoins à déposer du contraire, ce serait le plus souvent autoriser les détours et les allégations de la mauvaise foi.

Cette distinction, qui semble juste, est aussi conforme à l'esprit qu'aux besoins du commerce, où la rapidité des affaires ne laisse pas le loisir de consigner par écrit la plupart des conventions. Vous m'avez commissionné par par lettre, et même, si l'on veut, par un acte authentique, à une prime de 2 p. 100. Postérieurement, nous sommes convenus d'élever la prime à 3 p. 100 ; mais nulle preuve écrite de cette convention ampliative. J'en offre la preuve témoins. Son admission ne blesse en rien la foi due à l'acte authentique. La seconde convention, comme la première, émane du concours de nos volontés, et, si je la prouve, elle détruit toute convention antérieure incompatible avec elle. Seulement, jusqu'à cette preuve, provision est due au titre.

Les règles que nous venons d'indiquer nous paraissent avouées par la raison. Mais, comme elles ne sont pas des dispositions législatives, le juge n'en peut pas moins admettre indistinctement la preuve vocale de tous faits per-

tinents et concluants, quelle que soit leur date par rapport à la convention. Il le doit même, si des motifs graves le sollicitent. Placé en dehors du droit prohibitif de l'article 1341 du Code civil, tout ce qui ne lui est pas défendu lui est permis, selon les conseils de sa conscience. L'article 109 permet la preuve testimoniale *dans tous les cas où le tribunal croira devoir l'admettre*. La loi ne dit nulle part sur quoi devra se fonder cette croyance. Elle lui remet donc un pouvoir discrétionnaire, en chargeant son honneur et sa conscience de n'en faire usage que pour la manifestation de la vérité. D'un autre côté, la preuve par témoins est toujours permise en matière commerciale, quand la loi n'a pas expressément exigé l'écriture, ou quand les parties n'en ont pas fait dépendre la validité de leur engagement. Il faut néanmoins observer que, même dans cette dernière hypothèse, les fautes commises dans l'exécution du mandat peuvent se prouver par témoins, à quelque somme que s'élève l'indemnité; et, quant à la convention elle-même, la preuve testimoniale est encore recevable lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit. Sans aborder cette matière, savamment traitée par M. Toullier (t. 8, nos 53 et suiv.), nous nous bornerons à dire avec l'art. 1347 du Code civil, que ce commencement de preuve s'entend *de tout acte par écrit émané de celui contre lequel la demande est formée, ou de celui qu'il représente, et qui rend vraisemblable le fait allégué*; qu'il n'est pas nécessaire qu'un tel écrit soit signé; que, contrairement au droit civil, les livres d'un commerçant régulièrement tenus font, en sa faveur, un commencement de preuve par écrit, quoiqu'ils ne soient émanés que de lui-même ou de ses préposés. Car de tels livres peuvent être admis en preuve, ou autoriser le serment supplétif; ils peuvent, à plus forte raison, autoriser la preuve par

témoins. Enfin, une lettre ou tout autre écrit émané d'un tiers peut aussi servir de commencement de preuve par écrit, contre la partie qui, dans une instance ou dans toute autre occasion, s'en serait servie, parce que, s'étant ainsi approprié cette pièce, elle s'est implicitement interdit le droit de la récuser.

194. — Le lieu où la proposition est acceptée, avons-nous dit, nos 99 et suiv., détermine celui de la formation du contrat. D'un autre côté, c'est un principe constant que le contrat est régi par la loi du lieu et par la loi du temps où il s'est formé. La législation des différents peuples n'étant pas toujours la même touchant l'admissibilité de la preuve testimoniale, que faudrait-il décider dans l'espèce suivante? Un Français donne valablement une commande ou une commission à un étranger qui l'accepte dans un lieu où la loi n'admet pas la preuve par témoins. Le Français étant poursuivi devant les tribunaux de France, où la preuve testimoniale est toujours recevable pour fait de commerce, cette preuve pourra-t-elle être ordonnée? Non, parce que la preuve par témoins n'est pas une simple formalité de procédure, mais une formalité décisoire de nature à trancher le fond même du litige. Alors on ne doit considérer que le lieu du contrat ; la loi de ce lieu est celle qui sert de règle, non-seulement quant à l'existence même du contrat, mais encore quant à toutes les conditions accessoires que le silence des parties aurait laissées sous l'empire de l'usage. C'est ce que les jurisconsultes appellent un statut réel (Merlin, *Rép.*, v° *Preuve*, sect. 2, § 3, art. 1). Après tout, rien de plus juste. Les contractants ont suivi la foi l'un de l'autre. Le Français n'obtiendrait pas la preuve testimoniale dans le pays de l'étranger ; celui-ci ne peut donc l'obtenir dans le pays du Français, sans blesser l'éga-

lité qui doit exister entre parties contractantes. La décision serait la même, si le contrat était intervenu entre deux Français, dont l'un aurait un établissement commercial dans le lieu de la convention. Au cas contraire, ils seraient présumés avoir voulu traiter selon les lois de leur pays.

195. Devant les tribunaux de commerce comme devant les tribunaux civils, il est des personnes qui ne peuvent pas être entendues en témoignage; d'autres qu'on peut reprocher. Les premières sont *les parents ou alliés en ligne directe de l'une des parties, ou son conjoint, même divorcé* (art. 268 C. proc. civ.). La loi présume que des liaisons aussi intimes que celles que la nature ou le mariage forme entre ces personnes, ne leur permettent pas toujours d'envisager les faits avec impartialité. D'ailleurs, il serait évidemment contraire à la morale de les mettre en position de témoigner les uns contre les autres. Aussi l'art. 268 s'explique-t-il en termes prohibitifs; il est de droit public et tellement absolu qu'il ne peut y être dérogé, même du consentement des parties, ni d'office par le juge, sous peine de cassation de son jugement.

Les témoins qui peuvent être reprochés sont ceux dont parle l'art. 283 du même Code. Ceux-ci peuvent être entendus; l'art. 284 dit même qu'ils le seront; mais il est passé en jurisprudence que cette disposition est facultative, et que le juge qui admet un reproche proposé contre un témoin, ne viole pas la loi en décidant que sa déposition ne sera pas entendue. Il faut avouer cependant que cette jurisprudence n'est pas sans quelque danger, surtout en première instance. Car le juge supérieur peut rejeter le reproche admis par le tribunal, et si, dans l'intervalle, le témoin est décédé ou frappé d'une incapacité légale, le

préjudice causé à la partie qui l'avait cité devient irréparable. Il semble donc plus prudent de se conformer au texte de la loi qui porte que « le témoin reproché sera en« tendu dans sa déposition ». Si les reproches sont admis, dit l'art. 291, *la déposition du témoin reproché ne sera point lue*. Cette précaution obvie à tous inconvénients.

Il ne faut pas confondre la prohibition établie par l'art. 268 avec les reproches indiqués dans l'art. 283. Car, alors même que le motif de reproche est prouvé, et quoiqu'il soit écrit dans cet article, le juge n'est pas tenu de s'y arrêter. Si le caractère du témoin, sa position sociale, ses mœurs, sa conduite, sa réputation de probité et les circonstances extérieures, viennent en contre-poids du soupçon qu'éveille sa qualité, et paraissent une garantie suffisante de sa bonne foi et de sa sincérité, la loi qui permet aux parties intéressées de proposer de tels reproches, ne commande pas aux tribunaux de les admettre, mais seulement d'y statuer (art. 287 C. proc. civ.), c'est-à-dire de les juger ; ce qui emporte nécessairement la faculté de les accueillir ou de les rejeter. Si le juge était forcé de repousser un témoin sur la preuve faite qu'il est, *v. g.*, cousin-germain de l'une des parties, ou son beau-frère, ou son domestique, etc., la loi ne lui aurait pas laissé de libre arbitre ; elle ne se serait pas bornée à dire que le témoin pourra être reproché ; elle se serait exprimée, comme dans l'art. 268, en disant *qu'il ne pourra* même *pas* être assigné.

Enfin, il faut faire attention que l'art. 283 du Code de procédure civile n'est pas limitatif des cas qu'il exprime, mais démonstratif, le législateur n'ayant pas la prévoyance de toutes les causes de suspicion dont un témoignage peut devenir l'objet. Une capitale et notoire inimitié, une amitié intime, un intérêt personnel plus ou moins prochain, plus

ou moins direct, plus ou moins considérable dans la contestation, en un mot, tout ce qui est de nature à faire justement suspecter l'impartialité ou la probité du témoin, sont des motifs admissibles de reproche, quoique non exprimés dans l'art. 283. Nous disons *admissibles*, car le juge peut aussi bien les rejeter que les accueillir, selon l'impulsion de sa conscience. La loi lui laisse à cet égard un pouvoir discrétionnaire ; mais un pouvoir discrétionnaire n'est pas un pouvoir arbitraire, et ne confère pas la faculté de créer des présomptions de droit. Un jugement du tribunal de commerce de Marseille (1) avait décidé que le témoin Roussel était, en sa qualité de *commis de confiance* et de *procureur fondé*, compris, comme les *serviteurs et domestiques*, dans les dispositions de l'art. 283, et que, par ce seul fait, le reproche pouvait être admis, quoiqu'il n'eût même pas été proposé. C'était ajouter à la loi une disposition qui ne s'y trouve pas ; car les commis de confiance ou autres et les procureurs fondés des commerçants ne sont ni leurs *serviteurs*, ni leurs *domestiques*, dans le sens attaché à ces dénominations. Le jugement devait donc être réformé, et pour avoir admis un reproche non proposé, et pour excès de pouvoir ; mais il n'aurait pu l'être, si, le reproche étant proposé, les juges en eussent motivé le rejet en ces termes ou en termes équivalents : « Considérant que le sieur Roussel ayant été *commis de confiance et procureur fondé* du défunt Mallez, des relations « aussi intimes sont de nature à faire craindre que, subjugué par leur souvenir, ce témoin ne soit plus influencé « par le sentiment d'une juste reconnaissance, que pénétré du devoir rigoureux de dire toute la vérité et rien que

(1) *Journal de jurisprudence*, par MM. Girod et Clarion ; t. 7, 1 ; 242.

« la vérité. » En se décidant par cette puissante présomption, fondée sur la connaissance du cœur humain, le tribunal eût usé d'un droit, sans recourir à une assimilation fautive que la loi ne fait point entre les commis, les procureurs fondés, et les domestiques et serviteurs.

Tel est le sens dans lequel on doit entendre un arrêt de la Cour de cassation du 8 février 1830 (Sirey, 1830, 1, 99). Il s'agissait entre la dame Bousquet et le sieur Olivier de la possession annale d'un terrain sur lequel ce dernier venait de faire construire un mur d'appui pour sa maison. Devant le juge de paix, Olivier fit entendre comme témoin un de ses domestiques, contre lequel fut articulé et admis le reproche de domesticité. Le tribunal de Béziers réforma la décision du juge de paix, se fondant *sur ce qu'il s'agissait d'un fait arrivé à la campagne.* La Cour de cassation a annulé ce jugement pour violation de l'art. 283 du Code de procédure civile : « Attendu que « la loi règle seule le sort des reproches des témoins et « de leurs dépositions. » C'est qu'en effet l'art. 283 n'établit aucune distinction entre les faits arrivés à la ville et les faits arrivés à la campagne, et c'est violer la loi que d'y introduire une distinction qu'elle ne fait pas elle-même. Mais si le juge de paix ou le tribunal de Béziers, tout en reconnaissant dans le témoin la qualité de domestique, avait cependant ordonné qu'il serait entendu, parce que le soupçon de partialité, résultant de sa condition, était plus que balancé par sa réputation d'homme d'honneur et de probité, la Cour de cassation n'aurait pas annulé cette décision, qui n'eût violé en rien l'art. 283 du Code de procédure civile.

Le double principe que le juge peut admettre ou écarter, selon les circonstances, les reproches indiqués par l'art. 283, et en accueillir d'autres non indiqués par cet

article, a été combattu par M. Locré (*Esprit du Code de commerce*, t. 9, p. 307, 308). C'est une erreur victorieusement réfutée, et avec beaucoup d'étendue, par M. Toullier (t. 9, nos 300, 301, 302).

La matière des reproches, pour être approfondie, nous entraînerait trop loin de notre sujet. Mais il est quelques questions que nous ne pouvons nous dispenser d'examiner, parce qu'elles se rattachent spécialement à la preuve testimoniale des contrats consensuels. Ce sont particulièrement celles qui naissent de l'intérêt personnel que le témoin peut avoir dans la contestation où son témoignage invoqué par une partie est reproché par l'adversaire.

196. — Souvent le secret et la rapidité des affaires de commerce, ce double motif des transactions commerciales, ne permettent pas plus de se ménager des témoins que des preuves écrites. Combien de spéculations dont le succès peut dépendre de la discrétion qu'on y emploie! De là aussi bien souvent la nécessité d'invoquer, dans les contestations, des témoignages qui ne sont pas tout à fait désintéressés. Sans doute, l'intérêt personnel d'un témoin garantit mal son impartialité, et c'est une raison puissante d'examiner son témoignage avec toutes les précautions commandées par la juste méfiance qu'il inspire; mais le repousser péremptoirement, ce serait risquer de ravir à la vérité une dernière ressource, et c'est surtout dans la jurisprudence commerciale qu'il ne convient pas d'admettre un tel système d'exclusion absolue. Tantôt c'est le commettant qui invoque le témoignage du commissionnaire contre la tierce personne avec laquelle celui-ci a traité; une autre fois cette tierce personne se réclamera du commissionnaire contre le commettant, et peut-être ce dernier viendra-t-il, à son tour, prétendre

qu'il n'a pas donné de mandat, ou que son mandat est resté sans exécution, tandis que le commissionnaire soutiendra l'avoir reçu et exécuté, et alors le témoignage de la tierce personne sera proposé d'une part et récusé de l'autre. Il peut même arriver que le mandataire se trouve interposé entre deux mandants, dont chacun prétendra que c'est pour lui que la chose a été ou aurait dû être faite, et que le témoignagne de ce mandataire soit invoqué de part et d'autre. Cette complication de rapports et d'intérêts divers fait naître des difficultés d'autant plus embarrassantes que la loi, ne les ayant prévues dans aucune règle de décision, les a laissées dans le domaine de la conscience et de l'équité du juge.

197. — Et d'abord le commissionnaire est-il témoin idoine pour son commettant, contre la personne avec laquelle ce commissionnaire a traité? Par exemple, commissionné par moi à l'achat de 100 caisses de savon, Pierre les a achetées de Jacques, à qui il ne les a pas payées. Trouvant le marché avantageux, ou bien ayant une compensation à opérer avec Jacques, je veux me faire livrer les savons, et prouver, par le témoignage de Pierre, que c'est pour moi et de mon ordre qu'il les a achetés. Sa déposition est-elle recevable? Il faut distinguer. Si Pierre a contracté avec Jacques sans me nommer, son témoignage ne doit pas être admis; car le commissionnaire qui agit en son propre nom pour le compte d'un commerçant (art. 91 C. com.), est seul obligé personnel, seul partie contractante à l'égard de la tierce personne qui n'a suivi que sa foi, et n'a connu ni pu connaître que le commettant. Pierre déposerait dans sa propre cause et contre ses propres faits, ce qui n'est pas admissible. La représentation postérieure du mandat que

Jacques ne connaissait pas au temps de la négociation, ne changerait rien à cette position respective des parties. Par réciprocité de raison, Pierre ne pourrait pas être entendu comme témoin à requête de Jacques, si celui-ci voulait me forcer à me livrer des savons et à en payer le prix.

La question paraît, au premier coup d'œil, plus difficile quand le commissionnaire n'a engagé que son commettant; comme si, par exemple, Pierre ayant acheté pour moi et en mon nom les 100 caisses de savon de Jacques, celui-ci déniait la vente et refusait la livraison à laquelle je prétends le contraindre. On peut dire que Pierre n'est point désintéressé dans la contestation; car, si la vente n'est pas prouvée, il aura à s'imputer un défaut de précaution; par suite, outre la crainte de perdre la confiance d'un correspondant, il perdra le droit de commission qui lui eût été acquis, et, de plus, il pourra me devoir des dommages-intérêts. Voilà, il faut l'avouer, de graves motifs d'être en garde contre son témoignage. Cependant, comme il est en quelque sorte un témoin nécessaire, rien n'empêche de l'entendre, sauf à avoir tel égard que de raison à sa déclaration. Car il n'est pas, comme dans l'espèce précédente, partie personnellement contractante, et l'on ne peut pas dire qu'il dépose dans sa propre cause. Ce n'est pas, il est vrai, un témoin entièrement désintéressé; mais exposé cette fois aux dommages-intérêts du commettant pour inexécution du mandat, il pouvait l'être tout aussi bien aux dommages-intérêts du tiers vendeur, *v. g.*, dans le cas d'un désaveu. Sans doute, s'il n'existe pas d'autres indices de la vente, il ne serait pas raisonnable d'en voir la preuve dans la seule déclaration d'un tel témoin, quelle que fût d'ailleurs sa réputation de probité. Seulement sa déclaration, appréciée par la conscience du juge, pourra concourir avec les autres pré-

somptions et les autres adminicules qui rendent vraisemblable le fait allégué.

198. — Les motifs qui font justement suspecter l'impartialité d'un commissionnaire appelé comme témoin par son commettant contre le tiers, n'existent plus quand c'est celui-ci qui invoque le témoignage du commissionnaire contre le commettant. Ainsi, dans l'exemple précédent, rien n'empêcherait Jacques de faire entendre Pierre dans le but de prouver que ce dernier a acheté les savons pour mon compte et par mon ordre. Il en serait de même, s'il s'agissait d'un payement, d'une livraison de marchandise, ou de toute autre chose faite en vertu du mandat. Si ce témoin pouvait être suspect de partialité, ce serait plutôt en ma faveur que contre moi, et je ne puis me plaindre que la justice écoute un homme dont j'ai reconnu la probité en lui accordant ma confiance, à moins d'articuler et de prouver qu'il en a abusé ; dans ce cas même ma plainte se retournerait contre moi, puisque l'abus du mandat en prouverait l'existence.

Mais si je soutiens n'avoir point donné de mandat, le témoignage de Pierre ne doit pas être reçu ; car, dans cette hypothèse, c'est entre lui et moi que le procès existe ; or, nul ne peut être témoin dans sa propre cause, pas plus devant un tribunal de commerce que devant tout autre tribunal.

Mais, bien que le commissionnaire, si le mandat est dénié, ne doive pas être entendu à la requête du tiers avec lequel il a traité sous le nom d'autrui, le témoignage de ce tiers n'en est pas moins recevable, quand la contestation s'agite entre le commettant et le commissionnaire. Par exemple, lorsque Pierre, ayant des marchandises à moi, les a vendues sous son propre nom à Jacques, si je dénie

avoir donné mandat de vendre ces marchandises lesquelles, on le suppose, ont beaucoup augmenté de valeur, Pierre à qui je demande des dommages-intérêts résultant de cette vente que je prétends n'avoir pas autorisée, sera recevable à proposer, sur l'existence du mandat, le témoignage de Jacques qui peut-être me l'aura entendu donner de vive voix, ou l'aura vu dans un écrit adiré ou détruit. Dans cette hypothèse, l'acheteur est évidemment désintéressé ; car bien qu'en achetant il ait pu savoir que Pierre était mon commissionnaire, comme je n'ai été ni nommé ni obligé dans le contrat, l'acheteur n'a pas plus d'action contre moi que je n'en ai contre lui.

L'acheteur pourrait même être entendu comme témoin dans l'hypothèse où mon commissionnaire m'eût nommé et seul obligé en vendant les marchandises ; car le seul fait de la possession que le commissionnaire avait de ces marchandises est, dans le commerce, à l'égard des tiers, un titre suffisant pour les vendre. Le seul motif de reproche admissible contre un tel témoin serait, dans ce cas, une collusion frauduleuse entre lui et le vendeur. Cette collusion prouvée, et elle doit l'être, la fraude ne se présumant pas, nul doute que l'acheteur ne dût pas être admis à témoigner, parce que, responsable solidairement avec le vendeur de dommages-intérêts résultant de leur dol commun, il aurait un intérêt personnel et direct dans le résultat du procès.

199. — Il peut arriver, nous l'avons déjà dit, que le témoignage du commissionnaire soit invoqué par deux commettants à la fois, sur l'exécution d'un même mandat donné par l'un et l'autre. Voici cette espèce assez singulière, dont l'un de nous a vu un exemple. Simon, de Brest, écrit à David, de Morlaix, d'acheter pour lui, *au*

mieux de ses intérêts, c'est-à-dire sans prix limité, un équipage et une voiture de roulage qui doivent être vendus aux enchères dans cette dernière ville, *v. g.*, le 20 janvier. De son côté Alexandre, de Lorient, transmet précisément les mêmes ordres à David qui, recevant les deux lettres le 19, ne peut utilement répondre ni à l'une ni à l'autre. Le lendemain, il reste adjudicataire en son propre nom. Plus tard, Alexandre et Simon prétendent, chacun de son côté, que c'est pour lui que l'achat a été fait. Le témoignage de David pouvant seul trancher le différend, il est évidemment témoin nécessaire. Nous verrons plus tard ce que David aurait dû faire, dans le cas particulier où il se trouvait, pour ne pas s'exposer à une demande de dommages-intérêts de la part de celui des deux commettants dont le mandat n'a pas été exécuté.

200. — Mais lorsqu'un témoin contre lequel il peut exister des motifs fondés de reproche, n'est cependant reproché par aucune des parties, ce témoin est-il en droit de se récuser lui-même ? Il le peut sans doute, s'il s'agit d'un des motifs de reproche mentionnés dans l'art. 268 du Code de procédure civile, puisque le tribunal serait tenu d'office de ne pas recevoir un pareil témoignage, malgré le consentement des parties et du témoin lui-même. Mais il en serait autrement si, pour refuser sa déposition, le témoin non reproché ne se fondait que sur un des motifs indiqués dans l'art. 283, ou sur des motifs analogues.

Le tribunal de commerce de Marseille, dans une espèce précédemment rapportée n° 195, avait ainsi motivé son refus d'entendre un témoin : « Attendu qu'il est notoire que le sieur Roussel était *commis de confiance* du défunt Mallez et *son fondé de pouvoirs ;* qu'il serait en conséquence

contraire à la morale de mettre ledit sieur Roussel en opposition avec ses affections particulières et son devoir. » Mais la Cour d'Aix, par arrêt du 24 avril 1826, « attendu que nulle disposition de la loi n'autorisait l'admission des moyens *proposés par Roussel* pour se dispenser de déposer dans l'enquête, qu'il ne saurait donc en être écarté, » ordonna l'audition de ce témoin.

D'une dissertation de MM. Girod et Clarion à la suite de cet arrêt (1), il semble résulter que la Cour d'Aix n'aurait ainsi jugé, que parce que la *désignation donnée par l'art.* 283 *des témoins qui peuvent être reprochés, comprend bien les serviteurs et domestiques, mais ne s'étend pas jusqu'aux commis et aux procureurs fondés.* Le texte de l'arrêt ne suggère pas l'idée de ce motif, et s'il est vrai qu'il a seul déterminé l'arrêt, la Cour d'Aix nous semblerait avoir commis une erreur; car elle aurait implicitement jugé, contre le sentiment des auteurs les plus accrédités, que les tribunaux ne peuvent admettre aucun reproche en dehors de ceux indiqués par l'art. 283 qui n'est pas limitatif. Mais, d'après les termes mêmes de l'arrêt, tout ce que la cour aurait jugé, c'est que le sieur Roussel, témoin *non reproché*, n'était pas en droit de se récuser lui-même, et que, par suite, le tribunal ne pouvait l'écarter d'office, quelque plausible que fût le sentiment moral qui avait dicté son jugement. Sous ce rapport, l'arrêt est à l'abri de toute critique; car lorsqu'il s'agit des reproches généraux mentionnés dans l'art. 283 et de reproches analogues, aucune loi n'autorise un témoin à se récuser; d'un autre côté, aucune loi non plus ne permet aux tribunaux d'écarter d'office un témoin sur le fondement de reproches non proposés contre lui. Le silence de la partie qui pour-

(1) *Journal de jurisprudence*, t. 7, 1; 242.

rait proposer le reproche est un consentement virtuel à ce que le témoin soit entendu, et enfin à moins d'une loi prohibitive, ou d'un reproche proposé et admis, toute personne doit témoignage à la vérité devant la justice. Voilà pourquoi l'art. 283 dit que les témoins qu'il a en vue *pourront* être reprochés; mais pas d'obligation; c'est une faculté; or, qui peut en user, peut y renoncer.

201. Quant aux courtiers et agents de change, en titre d'office, voyez ce qui a été dit § 3, n° 150. Nous ajouterons seulement que les principes qui s'y trouvent exposés sont aussi ceux qu'on suit en Angleterre, et même avec plus d'extension que n'en comportent nos lois et nos habitudes judiciaires. Lorsqu'il s'agit de prouver des contrats faits par l'intermédiaire d'un agent, dit Paley, p. 279, il est clair que l'agent lui-même est témoin valable pour celui qui l'emploie. On le considère comme également intéressé pour le vendeur et l'acheteur, et capable de témoigner à la requête de l'un comme à la requête de l'autre. Cette exception à la règle qui rejette tout témoignage intéressé, est fondée sur la nécessité et ne se borne pas aux facteurs (commissionnaires) ou courtiers, mais s'étend à tous ceux qui agissent pour autrui. Ainsi c'est un usage constant, dérivant de ce même principe de nécessité, d'admettre les serviteurs et agents à prouver un payement d'argent, ou une livraison de marchandises, en faveur de leurs commettants, bien que ce soit à leur propre décharge. « In actions brought to enforce contracts made by means of an agent, it is clear « that the agent himself is a good witness for his employer.... « and that Court (of Common Pleas) unanimously determined that the factor was a good witness, considering him « as concerned both for the vendor and vendee, and ca-

« pable of being a witness for either... This exception to « the general rule which excludes witnesses on account of « interest, arises from necessity : the nature of the transac- « tions in which agents are engaged being such that the « contracts they make for others could not be proved with- « out them. And it is not confined to factors or brokers, « strictly so called, but every man who makes a contract « for another comes in so sort within the description. It « is, from the like principle of necessity, the constant « practice to admit servants and agents to prove the « payment of money or delivery of goods on behalf of « their principals; although it be in their own discharge. »

Chez nous tous les agents intermédiaires d'une négociation quelconque peuvent également être entendus en témoignage, quoiqu'ils ne soient ni courtiers, ni agents de change institués par le gouvernement. Il suffit qu'ils en aient rempli l'office, ce qui arrive chaque jour dans les localités qui n'ont point de bourse. Ainsi que les courtiers, nous l'avons déjà vu, ils ne sont pas censés plus intéressés pour une des parties que pour l'autre; mais, comme il ne leur est pas défendu de faire le commerce, s'il était prouvé qu'ils avaient un intérêt personnel dans l'affaire négociée, et que cet intérêt pût se trouver compromis par le résultat de la contestation entre les deux contractants, ces agents pourraient devenir l'objet d'un reproche valable, par le grand principe que nul ne doit être témoin dans son propre intérêt. Il en serait de même du courtier en titre d'office, si, manquant à ses devoirs, il s'était intéressé dans l'opération.

202. Mais que décider dans l'espèce suivante? Bertrand et Simon sont associés en nom collectif, sous la raison Bertrand et compagnie. Gaëtan assigne la société en

dommages-intérêts, pour inexécution d'un mandat qu'il prétend lui avoir donné. Devant le tribunal, Bertrand, qui paraît seul, représentant seul la société, dénie le mandat. Gaëtan sera-t-il reçu à proposer Simon pour témoin? C'est demander si Bertrand peut reprocher son associé. Or, sur quoi fonder un reproche? Sur le texte de la loi? Non, sans doute; car les art. 268 et 283 du Code de procédure civile ne parlent point d'associés ni de sociétés. Sur des motifs d'une analogie quelconque avec ceux exprimés dans ce dernier article? Pas davantage; car, loin d'avoir aucune cause de faveur pour Gaëtan, Simon est intéressé à ce qu'il succombe. De quoi donc se plaindrait Bertrand? Ce serait prouver qu'il craint le témoignage d'un associé plus honnête homme que lui; et Simon lui-même ne saurait se plaindre sans donner à croire que, tout en voulant s'épargner un parjure, il ne demande pas mieux que de profiter du mensonge de Bertrand. En vain dirait-on qu'il répugne de mettre un associé dans la position de démentir son associé. Le premier intérêt de la morale, c'est que la vérité parvienne à la justice. Qu'on n'objecte pas davantage que Simon pouvait être appelé en cause et interrogé sur faits et articles; puisqu'il ne représente pas la société, on n'est pas en droit de le citer comme partie, et c'est précisément parce qu'il ne l'est pas qu'il peut être témoin. D'ailleurs l'interrogatoire sur faits et articles ferait perdre à Pierre la garantie du serment que doit le témoin et que ne doit pas la partie interrogée.

Il peut se présenter d'autres difficultés ayant plus ou moins de rapports avec les espèces que l'on vient d'examiner; mais celles-ci suffisent pour servir de règle d'analogie.

203. Du moment qu'on armait le juge du pouvoir dis-

crétionnaire d'admettre ou de rejeter tout reproche non fondé sur quelque motif d'ordre public, il était conséquent d'abandonner à sa conscience la libre appréciation de preuves résultant de l'enquête. Autrefois on tenait pour maxime qu'il ne pouvait pas plus, sur la foi d'un seul témoin, prendre pour constant un fait contesté, que lui refuser créance si deux témoins en déposaient uniformément. Cette erreur funeste, uniquement fondée sur l'interprétation abusive d'un texte de l'Écriture, et la fausse interprétation d'une loi romaine dont nous parlerons tout à l'heure, fut une des principales causes de l'Ordonnance de 1566. C'est ce que nous apprend Boiceau, qui la commenta peu après son émission. Telle est, dit-il (2ᵉ part., p. 445), dans ce siècle corrompu, la facilité de suborner les témoins, que le défendeur en trouve autant pour affirmer la fausseté d'un fait, que le demandeur pour en affirmer la vérité, et réciproquement au besoin. Il s'ensuivait que le juge ne sachant auquel entendre et *ne se croyant pas permis de juger au delà de ce qui est allégué et prouvé*, n'avait d'autre ressource, pour éclairer sa religion, que d'interloquer une infinité de faits de reproches allégués de part et d'autre : *Quia nimirùm tantâ facilitate, hoc perdito seculo, testes subornari quotidiè viderentur, ut sæpè ab utroquè litigante affirmativa et negativa coarctata, æquo pede probatæ reperirentur... atque itâ judices*, qui allegata et probata præterire non audent, *ad infinitas objectionum probationes aliasque interloquutiones recurrere cogerentur.* Mais, d'un autre côté, on supposait toujours un témoin *irréprochable* par cela seul qu'il n'avait pas été reproché, comme si la partie intéressée n'avait pas pu ignorer quelques-unes de ces causes de partialité qui, trop souvent, se cachent au fond du cœur, pour n'éclater que dans le témoignage !

Puis, nécessairement conduit de cette supposition à une autre qui en était la conséquence, le juge prenait pour certain que deux témoins uniformes ne pouvaient être ni trompés ni trompeurs ; ou du moins, eût-il eu la conviction du mensonge, il se croyait obligé de fermer les yeux et d'être sourd au cri de sa conscience : *In ore duorum vel trium testium stat omne verbum.* Une philosophie plus éclairée a dissipé cette méprise que signalaient de cruelles expériences. Aujourd'hui, en matière de faits, toute la théorie des preuves repose sur une double considération : le danger des témoignages et la nécessité d'y recourir en mille occasions. Comme dangereuse, la preuve vocale a sa place marquée au dernier rang de l'art. 109 ; libre de ne l'admettre pas, s'il n'en attend point d'utiles renseignements, à plus forte raison le juge peut-il la refuser, s'il trouve dans l'instruction du procès des documents qui suffisent à fixer son opinion sur les faits en litige (Cour de cassation, 9 novembre 1814, Sirey, 15, 1, 1). Comme nécessaire dans bien des circonstances, on l'appelle au secours de la justice, soit pour renforcer des preuves incomplètes, soit même pour suppléer à un défaut absolu de toutes autres preuves. En un mot, c'est une ressource constamment permise, jamais une obligation. Enfin, alors même qu'elle est admise, et quels que soient le nombre et la qualité des témoins, toujours pleine liberté pour le juge de peser leurs déclarations au poids de sa conscience. Il remplit alors la fonction de juré. C'est ce que répondit l'empereur Adrien à un président de province qui lui avait soumis la difficulté : *Hoc ergò solum tibi rescribere possum summatim, non utiquè ad unam probationis speciem cognitionem statim alligari debere, sed ex sententiâ animi tui te æstimare oportere, quid aut credas, aut parùm probatum tibi opineris* (*Imper. Hadr.* L. 3, § 2. D. *de test.*).

C'est, dans une autre langue, l'art. 342 du Code d'instruction criminelle, lorsqu'il dit en parlant des jurés : *La loi ne leur dit point : vous tiendrez pour vrai tout fait attesté par tel ou tel nombre de témoins.* Ce que la loi dit aux jurés par l'organe du président de la Cour d'assises, elle le dit aux tribunaux par son silence sur le nombre de témoins nécessaire pour former une preuve. Et pourquoi ce silence? C'est que la conviction n'est pas une chose qui se commande; elle ne dépend même pas de la volonté de celui qui l'éprouve; et lorsque le juge, comme le juré, n'est pas convaincu d'un fait, il est exactement vrai de dire que, par rapport à ce juré ou à ce juge, le fait n'est pas prouvé, quelque concluante que l'enquête puisse paraître à d'autres. Seulement il est de la prudence et du devoir des tribunaux de ne pas se laisser facilement entraîner à des soupçons vagues et arbitraires contre des témoins qui, n'étant pas reprochés, ont au moins l'apparence d'être irréprochables.

204. Une question grave qui se rattache à ce point de doctrine, et sur laquelle les opinions ne sont pas encore unanimes, est, entre les docteurs, l'objet de longues controverses. Cette question est celle-ci : en matière de faits (non constatés par actes ayant foi en justice), principalement de faits qui tombent en preuve par témoins, le juge est-il tenu de juger *secundùm allegata et probata*, sans égard à la connaissance personnelle qu'il a de ces faits et à sa conviction, par quelques moyens qu'il se soit convaincu? Le texte sur lequel ces controverses se sont agitées, c'est la loi 6, § 1, D. *de offic. præsid. Veritas rerum erroribus gestarum non vitiatur; et ideò præses provinciæ id sequatur quod convenit eum ex fide eorum quæ probabuntur sequi.*

Suivant l'opinion commune, le juge doit faire abstraction de tout ce qu'il sait personnellement du fait en litige, et juger toujours *secundùm allegata et probata.* Accurse, Barthole et les jurisconsultes de leur école s'appuient sur la loi qu'on vient de lire ; mais d'autres jurisconsultes (1), d'ailleurs du même sentiment, avouent que ce texte ne fait rien à la question, ou qu'il décide le contraire de ce qu'on veut en induire. L'opinion contraire compte aussi des autorités, mais moins nombreuses (2). La question a été autrefois discutée avec science, avec ardeur et même avec passion; témoin une dissertation anonyme intitulée : *Quæstio utrùm judex secundùm allegata et probata, ut aiunt, judicare debet, an secundùm conscientiam,* avec cette épigramme : *intelligunt et eruditi sunt qui judicant terram* (3). L'auteur, embrassant l'opinion commune, répond à une dissertation où l'on soutenait l'opinion contraire, et la qualifie de libelle; mais lui-même il n'épargne ni les personnalités, ni les invectives; il impute à son adversaire d'accuser les saints de faux et *d'insavoir* (*inscitiæ*), les rois de tyrannie, les cardinaux d'orgueil, les théologiens et les docteurs d'ignorance. Il essaye d'établir sa thèse sur le droit romain, sur les ordonnances des rois de France (4), sur les Écritures saintes, sur la théologie, sur l'autorité des docteurs, et il repro-

(1) Cujas, Godefroy, Covarruvias, Marcardus.

(2) Martinus, *antiquus* interpres, jurisc. de Bologne, de l'école d'Isnerius, Paganini, Gaudentini, Caldera, Ferrandi Adduensis, etc., et, parmi les auteurs modernes, M. Gabriel.

(3) *Nov. thes.* de Meerman, t. 8, p. 503.

(4) Relatum est nobis eos (judices) ex propriâ sententiâ, cùm tamen ex allegatis id facere deberent, judicare... Nos statuimus... ut quilibet regni magistratus... certò et secundùm res probatas et allegatas judicent. (Edit de 1453, ch. 7e, dissertation anonyme précitée.)

duit tous les arguments qu'on a imaginés sur la matière.

M. Toullier a donné un nouvel intérêt à cette question tant de fois agitée par les jurisconsultes. Adoptant l'opinion la plus accréditée, il a su, dans une savante dissertation, la vivifier de toute la force de sa logique et l'animer du coloris de son style. Sans doute, dit-il, chacun doit suivre sa conscience, lorsqu'elle est suffisamment éclairée; mais la conscience n'est autre chose que le jugement que chacun porte de ses actions comparées avec la loi qui doit leur servir de règle (1). Or, qu'est-ce que que la loi commande au juge? D'écouter les deux contendants, de peser leurs preuves dans la balance de la justice, et de prononcer en faveur des plus fortes, sans acception de personnes. Elle ne lui ordonne pas de mettre dans l'un des bassins le poids de son propre témoignage, pour l'opposer aux preuves de l'une des parties; elle ne le pouvait permettre sans injustice; car celui à qui ce témoignage serait contraire, serait jugé sans avoir été entendu, sans avoir pu l'être. La première règle de justice, *ne inauditus condemnetur*, est donc violée, si chaque contendant n'a pas la faculté d'examiner, de peser, de combattre les preuves de son adversaire; or, c'est ce qu'il ne peut faire, si le juge se permet d'opposer son propre témoignage aux preuves données et discutées dans le cours de la procédure. Supposons que plusieurs témoins, jouissant d'une bonne réputation, et auxquels aucun moyen de reproche n'a été opposé, attestent un fait dont le juge connaît ou croit connaître personnellement la fausseté; pourra-t-il,

(1) Conscientia est actus dirigens dictando aliquid faciendum; vel actus accusans vel excusans aliquid benè vel malè factum esse... sed aliquem à falsis convictum testibus judex capite damnando eum habet actum qui ipsi eo modo judicandum suggerat. (Même dissertation.)

devra-t-il opposer son témoignage aux dépositions uniformes de plusieurs témoins non reprochés? Il ne le peut sans injustice, sans se rendre en quelque sorte juge dans sa propre cause. Il ne le peut pas surtout sous une législation qui ordonne aux tribunaux de motiver leurs jugements. Qui ne serait révolté de lire dans un considérant (1) : « Attendu que si tel fait paraît prouvé par tels « ou tels actes, par les dépositions de tels et tels témoins, « nous avons une connaissance particulière que tel acte « est faux, que tous les témoins sont des imposteurs et des » parjures? »

Restons donc, continue M. Toullier, fermement attachés à l'ancienne doctrine des interprètes, qui distinguent deux personnes dans le magistrat, la personne publique et la personne privée. Celle-là ne connaît et ne doit connaître les faits que par les preuves contradictoirement discutées devant son tribunal et soumises à son examen, mais non par le témoignage de la personne privée, que la partie intéressée n'a pu contredire. A l'appui de son opinion longuement développée, l'auteur invoque celle de saint Ambroise, de saint Thomas et de tous les canonistes. Il n'y a, dit-il, que les jurés à qui la loi ne demande aucun compte des motifs de leur opinion.

Tout imposante qu'est cette argumentation, et quelque graves que soient les autorités dont on prétend l'appuyer,

(1) Ridiculum enim esset illud judicium in quo judex diceret : condemno te quia scio et quidem solus te hoc crimen admisisse, nulloque alio modo patratum scelus probaret... quid enim tum judex faceret, lex imperat, urget populus... criminis reum testes arguunt? An reum liberabit, hos omnes testes condemnabit? Nam falsos testes omnes condemnare debet judex... an proprio etiam contrà tantorum virorum fidem credet testimonio? (Même dissertation.)

nous ne pensons pas que la conséquence en doive être admise d'une manière absolue surtout devant les tribunaux de commerce, et surtout aussi en matière de preuve testimoniale.

Et d'abord, lorsqu'un fait est contesté d'une part, et que de l'autre on offre de le prouver par témoins, le juge ne saurait, sans une grande témérité, prononcer sur ce fait d'après la seule connaissance qu'il peut en avoir. La raison est que, ne devant pas se croire infaillible, il est consciencieusement obligé de recourir au moyen qu'on lui offre de vérifier s'il ne serait pas dans l'erreur. Mais si, après l'enquête édifiée, il n'en reste pas moins persuadé de ne s'être pas trompé, nous ne voyons pas ce qui pourrait l'obliger, ni dans le for extérieur, ni dans le for intérieur, de prononcer contre son intime conviction.

Dans le for extérieur, il ne pourrait y être obligé qu'en vertu d'une loi, ce qui emporterait aussi obligation dans le for intérieur; car le juge est tenu, en conscience, de suivre la loi. Ainsi, par exemple, quand on lui présente un acte authentique contre lequel il n'y a pas d'inscription en faux, le juge ne peut se dispenser d'en ordonner l'exécution, eût-il une connaissance personnelle de la fausseté de cet acte. Pourquoi? Parce que la loi (art. 1319 C. civ.) dit que cet acte fait pleine foi de la convention qu'il renferme. Le juge ne saurait donc le déclarer faux sans violer la loi, et de plus sans commettre un excès de pouvoir, en jugeant une question qui ne lui est pas soumise. Il n'en serait pas autrement d'un acte sous seing privé, reconnu par celui auquel on l'oppose, ou légalement tenu pour reconnu. Pourquoi encore? Parce que l'art. 1322 du même Code dit qu'un tel acte a, entre ceux qui l'ont souscrit, leurs héritiers et ayants-cause, la même foi que l'acte authentique.

L'obligation du juge serait la même quant à la preuve testimoniale, si une loi lui ordonnait de prendre pour constant un fait attesté par tel ou tel nombre de témoins, et de faire abstraction de la connaissance personnelle qu'il a de ce fait. Mais cette loi n'existe point, et c'est à dessein que le législateur ne l'a pas portée. Le juge n'est donc pas tenu, dans le for extérieur, de faire taire sa conviction devant des témoins qui peut-être parlent contre la leur, et qui, à coup sûr, sont dans l'erreur par rapport à lui.

Quant au for intérieur, M. Toullier dit bien que la loi commande au juge de peser les preuves et *de prononcer en faveur des plus fortes*. Oui, sans doute, à défaut de loi écrite, la première de toutes les lois, la justice le veut ainsi. Mais lorsqu'il s'agit de témoignages, qu'est-ce qu'une preuve forte, ou plus forte qu'une autre, ou plutôt qu'est-ce qu'une preuve? Si l'on ne veut pas convenir que c'est ce qui porte la conviction dans l'esprit du juge, il faut retomber dans l'antique jurisprudence qui l'obligeait à tenir pour constant un fait attesté par un nombre déterminé de témoins. Mais une pareille preuve n'a pas d'existence qui lui soit propre; elle n'a de réalité que par la conviction qu'elle opère; c'est par cette conviction qu'il lui est donné d'exister. Cela est si vrai que, de deux personnes qui auront entendu les mêmes témoins, l'une sera convaincue et l'autre ne le sera pas; pour la première, le fait est prouvé; il ne l'est point pour la seconde; elles répondront en sens contraire sur le même fait, et toutes deux auront répondu selon leur conscience, ou, ce qui est la même chose, suivant leur conviction. Car c'est de la liberté même laissée au juge par la loi, que naît pour lui l'obligation consciencieuse de déclarer s'il est ou n'est pas convaincu, et de conformer sa décision non pas aux témoignages, mais à ce qu'il en pense: *Tu magis scire potes*,

quanta fides habenda sit testibus : qui, et cujus dignitatis, et cujus æstimationis sint : et qui simpliciter visi sint dicere, utrum unum eumdemque meditatum sermonem attulerint; an ad ea, quæ interrogaveras, ex tempore verisimilia responderint (imp. Hadrian., L. 3, D. *de test.*). Qu'importe que, dans le juge, la personne publique ne se confonde pas avec la personne privée? Cette distinction peut avoir son utilité en ce qui la comporte; mais quand il s'agit de conscience, de conviction, celle du magistrat ne peut être différente de celle de l'homme. La conscience est individuelle, et le même individu ne peut pas plus avoir deux consciences, que deux raisons, que deux âmes.

Mais, s'écrie M. Toullier, « le juge sera donc juge et « témoin; s'il s'arroge le droit de balancer son propre té- « moignage, avec celui des témoins publiquement enten- « dus, et même de lui donner la préférence, il se rend « évidemment juge dans sa propre cause; il décide seul « entre lui et les autres témoins; pour comble d'injustice, « il décide sans que la partie intéressée ait pu être en- « tendue. »

Lorsqu'un usage abusif forçait le magistrat, non pas à croire, la chose était impossible, mais à décider contre ce qu'il croyait, l'objection pouvait avoir quelque valeur. Aujourd'hui on s'étonne de la voir reproduire dans un ouvrage tel que celui de M. Toullier.

Le magistrat n'est pas juge dans sa propre cause, car il n'y a aucun intérêt; autrement, on parle non pas d'un juge, mais d'un prévaricateur. Il l'est, dit-on, puisqu'il prononce entre lui et les autres témoins, et que même il donne la préférence à son propre témoignage. M. Toullier oublie, dans cette objection, ce qu'il a si bien démontré lui-même, t. 9, n° 322, que les tribunaux « ne sont jamais « liés par les dépositions des témoins; qu'ils peuvent re-

« jeter celle même d'un homme *integræ frontis;* et qu'ils « doivent rentrer en eux-mêmes pour juger ce qu'ils « croient prouvé ou non prouvé.... Si la loi, ajoute-t-il, « qualifie de preuve la preuve testimoniale, c'est qu'en « effet les dépositions des témoins peuvent former une « preuve suffisante et complète ; mais quand la forment- « elles? C'est ce qui reste, par la nature des choses, aban- « donné à l'examen du magistrat chargé de juger si la « preuve existe, et dont le jugement demeure libre, sans « autre règle que sa conscience et sa persuasion, puisque « la loi ne lui en prescrit pas d'autre. »

Ainsi le juge, n'eût-il aucune connaissance personnelle du fait, peut, doit même rejeter les témoignages les plus concluants, si un motif quelconque, fût-il mal fondé aux yeux de tout autre, le porte à suspecter la véracité des témoins. Pourquoi donc ne le pourrait-il, ne le devrait-il pas, lorsqu'il trouve, dans ses connaissances personnelles, la garantie beaucoup plus sûre d'une décision conforme à ce qu'il croit être la vérité?

Un fait est à vérifier : il s'agit, par exemple, de constater si des marchandises sont avariées. On nomme des experts qui ne sont pas récusés et qui prêtent serment. Le magistrat est dans le droit et le devoir de prononcer contre leur avis unanime, si sa conviction y est contraire (art. 323 C. proc. civ.). Cependant il n'est pas plus expert dans ce cas, qu'il n'est témoin dans l'autre. Il est juge et rien autre chose; et qu'on ne dise pas que la loi n'a point rangé l'expertise au nombre des preuves; car, sanctionné par la conviction du juge, le rapport fait foi des faits qu'il constate, comme les témoignages passent en preuve par l'effet de la même conviction. La parité est de toute exactitude. Or, pour motiver un jugement qui prononce contre le rapport, nul besoin de dire que les experts sont *des im-*

posteurs et *des parjures;* nul besoin non plus de le dire des témoins, pour rejeter leurs dépositions. Il suffit que le juge déclare que sa conviction s'y oppose; la loi ne lui commande pas d'énoncer pourquoi il a ou n'a pas une conviction touchant le fait en litige, parce que, dans le système de notre nouvelle législation, c'est toujours comme juré que le juge doit prononcer sur les faits qui tombent en preuve testimoniale, c'est-à-dire d'après son intime conviction, des motifs de laquelle il ne doit compte qu'à sa conscience. Voilà pourquoi la Cour de cassation n'a jamais prise sur les faits, l'erreur du juge fût-elle évidente; et, dans notre opinion, un considérant ainsi conçu : « Attendu que les juges ont personnellement connaissance « que le fait allégué est de toute fausseté; mais que ce « fait étant attesté pour vrai par des témoins non reprochés, le tribunal est obligé de prononcer contre son intime « conviction, et d'adjuger à Pierre la propriété de Paul, » un tel considérant, pensons-nous, serait cent fois plus révoltant que celui marqué par M. Toullier.

Suivant ce jurisconsulte, le juge qui connaît personnellement les faits devrait s'abstenir et ménager à la partie qui a la bonne cause, la ressource d'un témoignage peut-être décisif. Sans parler de ce qu'il y aurait de peu décent, de dangereux peut-être dans la position d'un magistrat descendant du siége pour devenir témoin ou accusateur, nous répondrons que l'art. 378 du Code de procédure civile indique avec le plus grand soin les nombreux motifs de récusation qui peuvent être proposés contre le juge, et que l'art. 380 lui fait un devoir de déclarer à la chambre les causes de récusation qu'il connaît dans sa personne; mais parmi toutes ces causes, ne figure pas la connaissance personnelle que le juge aurait du fait contesté. C'est donc arbitrairement que M. Toullier lui impose

l'obligation de quitter le siége, et plus arbitrairement encore, s'il est possible, celle de se proposer pour témoin. Encore une fois, juge du point de fait, il est juré, et l'on n'a jamais pensé qu'un juré doit se récuser lui-même parce qu'il connaît personnellement le fait soumis à son examen. La Cour d'assises ne le lui permettrait pas. Est-ce que la vérité pourrait jamais trouver de meilleure garantie que celle d'un jury dont tous les membres connaîtraient personnellement les faits soumis aux débats? Or, si les juges sont jurés en matière de faits, c'est surtout des juges de commerce qu'on peut le dire; car élus par les commerçants pour un temps limité, ils peuvent être jugés demain par ceux qu'ils auront jugés aujourd'hui.

L'on voit donc qu'à moins d'ajouter au Code une disposition qu'il n'a certainement pas omise par mégarde dans sa longue énumération des causes de récusation, un juge n'est obligé ni légalement ni en conscience de quitter son siége, et de figurer comme témoin, par cela seul qu'il a personnellement connaissance du fait litigieux. « Il faut, « dit M. Gabriel (1), qu'il reste juge, parce qu'en cette « qualité et au moyen de ce qu'il sait avec une entière « certitude, il peut aider au triomphe de la vérité; ce qui « est toujours le premier devoir du juge. » Seulement, plus il est persuadé de connaître les faits, plus il doit s'efforcer de découvrir s'il ne se trompe pas; refuser l'enquête serait donc une grande imprudence. D'un autre côté, si sa conviction survit à toutes les épreuves, elle ne doit influer en rien sur sur celle de ses collègues qui n'auraient personnellement pas les mêmes connaissances; car, relativement à eux, il est vrai de dire que le juge ne serait qu'un témoin qui, n'ayant pu être reproché (du moins à cause de la

(1) *Essai sur les preuves.*

connaissance qu'il avait du fait), ni examiné comme les autres témoins, ne saurait être d'aucun poids dans la balance de la justice. Il est même de son devoir de ne s'en pas ouvrir aux autres juges.

M. Toullier termine ainsi sa savante dissertation :

« Au reste, pour dissiper les scrupules des personnes « qui craindraient d'apercevoir une morale relâchée dans « la doctrine que nous professons, il est bon qu'elles sa« chent que cette doctrine est celle de saint Ambroise « (*sup. psalm.* 118 *beati immaculati, vers.* 20), des théo« logiens et surtout de saint Thomas, surnommé l'Ange « de l'École, du cardinal Cajetan, son commentateur, et « de tous les canonistes » (*ubi sup.* p. 95).

Impossible assurément d'invoquer une autorité plus grave que celle de ces saints et doctes personnages. Mais vérifions les textes que M. Toullier ne fait qu'indiquer.

D'abord qu'enseigne donc saint Ambroise dont puissent s'étayer la dissertation anonyme et celle du célèbre professeur? Que, sans égard à sa conviction (*conscienscia*), le juge doit faire périr l'innocence, ou dépouiller les familles, parce que des témoins dont il connaît l'imposture n'ont pas été reprochés, ou que les reproches n'ont point été admis? Certainement non.

Saint Ambroise, parlant des enseignements que nous donne l'Évangile, fait observer que Jésus-Christ les présente sous diverses formes.

Tantôt, dit-il, c'est un bon pasteur ramenant au bercail la brebis égarée; *suscepit personam pastoris;*

Tantôt il se fait notre avocat auprès de son père; *suscepit advocati personam;*

Une autre fois il ne dédaigne pas de prendre le rôle d'un accusé; *suscepit affectum rei, et stetit antè judicem tanquàm reus.*

Puis, sur ces paroles de saint Jean (5, 30) *non possum à me facere quidquam*, l'illustre archevêque de Milan fait un commentaire qui, à quelques mots près que nous rétablirons tout à l'heure, est devenu le texte du canon, 3, q. 7, de Gratien : *Bonus judex nihil ex arbitrio suo facit et domesticæ proposito voluntatis : sed juxtà leges et jura pronuntiat, scitis juris obtemperat, nihil paratum et meditatum domo defert, sed sicut audit, ità judicat.* On lit de plus dans saint Ambroise : *Non indulget propriæ voluntati, et sicut se habet negotii natura decernit; obsequitur legibus, non adversatur; examinat causæ merita, non mutat.* Voilà certes, pour le juge, des conseils bien sages ; mais on n'y trouve pas celui d'étouffer le cri de sa conscience par respect pour des témoignages dont la fausseté lui est personnellement connue. L'idée dominante dans le passage qu'on vient de transcrire c'est que, de même que Jésus-Christ ne faisait rien que par la volonté de son Père (*non possum à me facere quidquam*), ainsi le juge ne doit jamais mettre sa volonté au-dessus de celle des lois (*obsequitur legibus, non adversatur*). Ce que saint Ambroise ajoute un peu plus loin, n° 39, ne laisse aucun doute sur le sens de ses préceptes. Supposez, dit-il, un juge temporel ; pourra-t-il juger contre les rescrits de l'empereur et l'autorité de ses lois? *Constitue judicem de hoc sæculo; numquid potest adversùs imperialis formam venire rescripti? Numquid potest normam augustæ definitionis excedere?* Rien de plus juste, rien de plus sage. Le pire des juges est celui qui prononce arbitrairement : *qui* quid *ex arbitrio suo facit;* qui monte sur son tribunal avec des préventions qu'il s'est faites d'avance : *qui* quid *paratum et meditatum domo defert;* qui comprend d'une façon et décide d'une autre : *qui sicut audit, ita non judicat;* enfin qui ne juge pas *juxtà leges et jura*, selon les lois

et le droit des parties. Si donc il existait au Code de procédure civile un article portant que l'affirmation assermentée de deux ou tel autre nombre de témoins sur un fait *aurait foi en justice*, le magistrat serait tenu, aussi bien dans le for intérieur que dans le for extérieur, de juger en conséquence de ce fait, par la même raison qui l'oblige à ordonner l'exécution d'un acte notarié dont il connaît personnellement la fausseté, quand cet acte n'est point attaqué par l'inscription en faux (V. n° 204 *sup.*). C'est aussi ce que nous enseigne saint Augustin (V. *Lois ecclésiast. de France* par de Héricourt, p. 97) : Quoiqu'il appartienne aux hommes, dit-il, d'apprécier la bonté et l'opportunité des lois humaines avant de se les imposer, le juge ne peut pas les juger ; il ne peut qu'y conformer son jugement : *In temporalibus legibus, quamquàm de his homines judicent cum eas instituunt, tamen, cùm fuerint institutæ et formatæ, non licebit judici de ipsis judicare, sed secundùm ipsas.*

Quant à saint Thomas, nous convenons que sa doctrine favorise ouvertement celle de M. Toullier, ou, pour mieux dire, c'est dans la doctrine de saint Thomas que M. Toullier a puisé la sienne. *Cùm judicium ad judices spectet non secundùm privatam sed publicam potestatem, oportet eos judicare, non secundùm veritatem quam ipsi ut personæ privatæ noverunt, sed secundùm quod ipsis* ut personis publicis *per leges, per testes, per instrumenta et per allegata et probata res innotuit.* Voilà bien la distinction de la personne privée et de la personne publique dans le juge. Écoutons maintenant la conclusion qu'en tire saint Thomas : *Istud quod fit secundùm ordinem justitiæ, non est peccatum, putà cùm judex qui debet secundùm allegata judicare, condemnat ad mortem eum quem scit innocentem per falsos testes convictum* (S. Thom. 22, q. 64,

art. 6) ; et comme l'auteur de la dissertation anonyme ne peut se dissimuler qu'une pareille conséquence fait frémir, il devance les objections : Quoi, dira-t-on, condamner à mort un homme que vous savez innocent? *Periclitabitur innocens! quid ad judicem?* Qu'importe au juge? Il faut que quelqu'un meure pour le peuple : *Expedit unum mori pro populo.* Le juge ne pèche en rien; il exécute un mandat : *Nullatenùs ipse judex peccat ; mandatum exequitur.*

Que si l'on remonte à la source de cette doctrine impitoyable, il est aisé de voir qu'elle repose sur une fausse interprétation de ce texte du Deutéronome (cap. 17) : *In ore duorum aut trium testium peribit qui interficietur. Nemo occidatur uno contra se dicente testimonium* (*Biblia polyglotta*, Lutetiæ Parisiorum, 1645). Mais Dieu qui parle ainsi aux hommes par la bouche de Moïse, ne leur dit pas, ne pouvait leur commander de condamner à mort un accusé dont l'innocence leur serait connue. Loin de là, sa loi miséricordieuse est pleine de bonté, pleine de sagesse, pleine de justice. Elle signifie suivant nous : si vous n'avez qu'un seul témoin, vous ne condamnerez pas, eussiez-vous la conviction que ce témoin dit vrai et que l'accusé est coupable. Ne connaissez-vous personnellement ni son innocence ni sa culpabilité, deux ou trois témoins suffiront à justifier votre conviction contre lui. Mais cela suppose que le juge ne connaît pas l'imposture des témoignages ; s'il les sait faux, il n'y peut déférer sans crime; Dieu le lui défend expressément en ces termes : *Non suscipiens vocem mendacii... nec in judicio plurimorum acquiescens sententiæ ut à vero devies... insontem et justum non occides : quia aversor impium* (Exod. 23, 1, 2 et 7). En un mot la loi de Moïse fixe le nombre de témoins en deçà duquel nul ne peut être condamné, et celui des témoins nécessaires pour que le juge qui les croit véridiques puisse,

en sûreté de conscience, fût-il dans l'erreur, prononcer une condamnation. Pense-t-on qu'une telle loi ne vaut pas bien celle qui, chez nous, permet de condamner sur la foi des présomptions, sans l'aveu d'un accusé qu'aucun témoin n'accuse? Et comment admettre que la loi du Deutéronome, tellement craintive des périls de l'innocence qu'au hasard de protéger un coupable presque convaincu, elle défend de le condamner s'il n'a contre lui qu'un seul témoin et la conviction personnelle du juge, soit en même temps assez dissemblable d'elle-même pour lui prescrire de condamner, contre sa conscience, à la voix de deux scélérats dont il connaît l'imposture !

Telle est pourtant la doctrine de saint Thomas, inflexible interprète d'un texte qu'il a mal compris. Il faut même reconnaître que, pendant près de quatre siècles, cette doctrine a été enseignée, admise et exécutée comme loi. Au commencement de sa préface (p. 15) Boiceau atteste que, suivant le droit observé partout, deux ou trois témoins faisaient foi en justice : *Omni jure firmum videmus in ore duorum vel trium stare omne verbum ;* et dans la neuvième édition de Dénisart (1775), on lit encore : « Deux ou trois témoins qui déposent d'un même fait « d'une manière claire, précise et sans variation, suffisent « pour assurer la preuve tant en matière civile qu'en ma- « tière criminelle (Deutéronome, chap. 19, verset 15 ; « saint Matthieu, chap. 18, verset 16 (1) ; saint Jean, « chap. 8, verset 17). » Dénisart pouvait même citer Godefroy, Covarruvias, et, en outre, Mascardus qui s'exprime ainsi (consult. 951) : *Aliàs si ut privatæ personæ est sibi notum, tunc (judex) non potest judicare secundùm*

(1) Le texte de saint Matthieu concerne le conduite que Jésus-Christ ordonne à l'Église de tenir dans la correction fraternelle.

conscientiam, sed secundùm probationes sibi factas; et, ce qui peut étonner davantage, c'est que telle est aussi l'opinion de Cujas, suivant lequel la raison de décider est qu'il vaut mieux condamner injustement que d'affaiblir l'autorité des choses jugées : *Ut iniquam sententiam unius judicis valere publicè interest quàm incertam esse rerum judicatarum auctoritatem, ità melius multò est probationes sequi judicem, quàm quod se scire profitetur et dicit* (Observ. liv. 12, cap. 19). Cujas commente une loi romaine, et nullement l'Écriture; mais il n'est pas exact de dire, comme le fait M. Toullier qui ne le cite pas, *que cette doctrine est celle de tous les canonistes*. D'abord ce n'est pas celle de Pontas (*Dictionnaire des cas de conscience*, v° *Juge*), qui invoque au soutien de la sienne Nicolas de Lyra, le cardinal d'Ostie, Panorme, Adrien, Petrus Navarro, Angelus de Clavasio, ajoutant qu'il pourrait citer *un grand nombre d'autres célèbres auteurs*. Il pouvait surtout rappeler ce que dit Ferrandi Adduensis, jurisconsulte de Milan, qui écrivait en 1561, et s'exprime ainsi sur la loi 6 D. *de off. præsid : Notant hinc doctores omnes judicandum esse secundùm adducta et probata, non autem secundùm conscientiam; sed judicio meo, satis ineptè*. Pontas, docteur *in utroque*, et pénitencier de l'Église de Paris, après avoir analysé les diverses opinions, résume ainsi celle de saint Ambroise : lorsque le juge n'est certain ni de la fausseté des preuves, ni de l'innocence de l'accusé, il doit se conformer à ce que lui prescrit la loi de Dieu, qui lui ordonne de prononcer ses jugements *secundùm allegata et probata*. Cette conséquence ne dérive ni de la loi de Dieu, ni du commentaire de saint Ambroise. Lorsque le juge est également incertain de la fausseté et de la vérité des preuves, il est dans le doute, et, dans le doute, il doit acquitter. De même, dans une

cause civile, si le juge n'est assuré ni de la fausseté du fait ni de la véracité des témoins qui en attestent l'existence, il est dans l'incertitude et doit débouter de toute demande fondée sur ce fait douteux. Dans un cas comme dans l'autre, c'est toujours l'application de la maxime : *actore non probante, reus absolvitur;* règle de bon sens et d'équité naturelle; car, comme le dit Cicéron, casuiste des plus sévères, le seul doute sur la justice d'une action en indique l'injustice : *Benè præcipiunt, qui vetant quidquam agere, quod dubites æquum sit, an iniquum. Æquitas enim lucet ipsa per se : dubitatio cogitationem significat injuriæ.* (De off. lib. 1, § 19.)

---

§ VIII

DES PRÉSOMPTIONS.

SOMMAIRE.

205. Sens dans lequel Menochius emploie le mot *présomption ;* critique peu fondée que fait M. Gabriel d'un passage de cet auteur.
206. Les preuves judiciaires laissent toujours dans l'esprit plus ou moins d'incertitude; sous ce rapport, ce ne sont que des présomptions.
207. Il est des présomptions que la loi qualifie preuves, et d'autres qui retiennent le nom de présomptions et qu'elle définit; exemple de ces dernières; leur fondement.
208. Dans le droit commercial, comme dans le droit civil, deux sortes de présomptions : les unes légales, les autres humaines.
209. Les présomptions légales sont elles-mêmes de deux espèces : les premières sont tenues pour vraies *à priori*; leur but unique dans le commerce, c'est de prévenir la fraude; on les appelle *juris et de jure;* les secondes ne sont réputées vraies que provisoirement; on les appelle *juris.*
210. Comment on reconnaît la présomption *juris et de jure*; exemples de cette sorte de présomption.
211. Caractère de la présomption *juris*; exemples de cette sorte de présomption.

212. Une présomption *juris* particulière au commerce résulte des marques apposées sur la marchandise.

213. Utilité des marques, comme mesure d'ordre, comme présomption *juris*, comme tradition ; exemples divers.

214. Comment la marque se pratique le plus usuellement ; pourquoi et en quel cas quelques négociants s'écartent de cette pratique ; s'il ne serait pas possible de combiner les marques et contre-marques de manière à reconnaître lequel du destinataire ou de l'expéditeur est propriétaire de la marchandise, en laissant toutefois au commerçant pleine liberté d'adopter une autre combinaison suivant son intérêt et l'occurrence.

215. De la présomption de propriété résultant de la marque ; divers exemples de cette présomption.

216. Des présomptions dites morales ou humaines ; elles sont abandonnées aux lumières et à la prudence du juge ; néanmoins la loi a voulu qu'une présomption unique ne pût tenir lieu de preuve art. (1353 C. civ.).

217. Dans le droit civil, l'acceptation tacite du mandat ne peut résulter que de l'exécution ; dans le droit commercial, elle peut résulter, en outre, du silence ou du défaut de réponse à une missive d'ordre.

218. L'art. 1353 est inapplicable au cas de l'acceptation tacite d'un mandat non dénié, à moins que le fait d'où l'on déduit cette acceptation ne soit équivoque.

219. Il est, au contraire, applicable, quand le mandat lui-même est dénié ; difficulté de prouver, en ce cas, par présomptions, s'il y a mandat, ou *negot. gestio*, ou *negot. susceptio;* distinction à cet égard ; exemple de la dation d'un mandat prouvée par présomptions.

220. Quand une seule présomption suffit-elle à la preuve d'une commission, ou quand en faut-il plusieurs ? C'est une question de bon sens et d'équité ; disposition de l'art. 1353 ; divergence des auteurs sur ce qu'on appelle une présomption *grave*, une présomption *précise ;* d'où vient ce désaccord ; impossibilité de séparer une présomption grave d'une présomption précise ; l'une et l'autre idée s'impliquent mutuellement.

205. — Menochius, qui, dans deux énormes *in-folio*, a traité de cinq cent quatre-vingt-dix-neuf présomptions et de cent questions de droit qui s'y rapportent, non compris une infinité de cas examinés incidemment ou à part (*Miscellanea*), dit (1), en s'appuyant sur l'autorité de Baldus, laquelle n'est pas médiocre (2), que, s'il est constant qu'un homme a eu la tête coupée, il y a nécessairement présomption violente que cet homme-là a cessé de vivre : *Si probatum extitit hominem amputatum fuisse caput, indè descendit necessaria atque violenta præsumptio hominem illum esse vitâ defunctum.* Sur quoi M. Gabriel (3) se récrie contre l'abus qu'on fait, *en droit*, du mot *présomption : Aurait-on dû*, dit-il, *étendre l'usage de cette expression jusqu'aux preuves d'une infaillibilité évidente et absolue?*

Certes, si Baldus et Menochius eussent entendu s'exprimer comme philosophes, M. Gabriel aurait cent fois raison; car, qu'objecter contre cet enthymème : on a coupé la tête à Jacques; donc Jacques ne vit plus? Mais c'est en jurisconsultes que ces auteurs écrivaient; or, sous ce rapport, leur expression est très-exacte. En effet, dans leur droit, le mot présomption s'emploie par opposition à la preuve faite selon des formes prescrites, comme Dénisart (4) dit, après Domat, « qu'on appèle preuve, *en justice*, les manières réglées par les lois pour établir, avec « certitude, la vérité d'un fait contesté. » Ce sont ces sortes de preuves que Casaregis appelle *probationes instrumen-*

(1) De præsumptionibus, conjecturis, signis et indiciis, quæst. 3, n° 4.

(2) Baldus, disciple de Barthole.

(3) *Essai sur les preuves*, édité et augmenté par M. Solon, n° 183.

(4) V° *Preuve.*

turiæ, et nous ne laissons pas nous-mêmes que d'en avoir de cette espèce dans notre législation ; car, par exemple, vous auriez vingt témoins devant lesquels on aurait coupé la tête, il y a cinq ou six ans, à votre parent dont vous êtes unique héritier, que vous ne seriez pas certain de recueillir sa succession, si son acte de décès n'est produit en due forme. Il est vrai que, s'il n'a pas existé de registres, ou qu'ils fussent perdus, le juge pourrait permettre l'audition de vos vingt témoins ; mais il n'y serait pas obligé (article 46 C. civ.).

206. — Nous n'avons pas à nous occuper philosophiquement de ces faits physiques dont l'évidence frappe tous les yeux. Mais, en matière d'obligations, il en est autrement des preuves judiciaires ; car on n'en conçoit aucune qui ne laisse toujours dans l'esprit plus ou moins d'incertitude, sans en excepter l'acte authentique lui-même, dont le contenu n'est présumé vrai que parce qu'on présume la probité et la capacité du notaire, qui peut être un malhonnête homme, et avoir mal compris, ou mal exprimé les conventions que son acte constate ; mais, comme l'intérêt de la société exige que les obligations contractées devant un officier public soient tenues pour vraies jusqu'à inscription en faux, sans quoi nul n'aurait la certitude de sa fortune, l'art. 1319 du Code civil a dit : « L'acte « authentique fait pleine foi de la convention qu'il ren-« ferme, etc. » Il en est ainsi, *salvo jure alieno*, de l'aveu et de l'acte sous seing privé dont l'écriture n'est pas déniée ou a été vérifiée, bien qu'ils puissent n'être que l'effet de l'erreur ou d'une simulation. Si donc ils portent le nom de preuves, c'est par la pure volonté de la loi. Une logique exacte ne le leur donnerait point, parce qu'en réalité ce ne sont que des présomptions. A plus forte raison

en peut-on dire autant de la preuve testimoniale, puisque la présomption que des témoins déclarent la vérité, a pour fondement la double présomption qu'ils ne se trompent ni ne cherchent à tromper.

207. Mais, outre ces présomptions qualifiées preuves, il en est d'autres qui retiennent le nom de présomptions, et que la loi définit « des conséquences que la loi ou le « magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu ». La possession où je suis de l'acte sous seing privé, ou de l'acte notarié en brevet qui vous constituait mon créancier, est une présomption que je suis libéré. Le fait connu, c'est l'existence du titre entre mes mains, et, de ce fait qui est certain, on conclut à l'autre fait qui ne l'est pas, à savoir que je ne dois plus; pourquoi cela? *Ex eo quod plerùmque fit;* parce qu'il n'arrive presque jamais qu'un créancier se dessaisisse de son titre entre les mains d'un débiteur qui n'a pas payé, ou à qui sa dette n'a point été remise. De même, si je vous ai payé une somme, on présumera que je vous la devais, parce qu'autant il est commun de voir des débiteurs qui ne payent point ce qu'ils doivent, autant il est rare qu'on aille payer ce qu'on ne doit pas.

208. Dans le droit commercial, comme dans le droit civil, la loi admet deux sortes de présomptions, les unes dites *légales*, les autres *morales* ou *humaines*.

209. Les présomptions légales sont elles-mêmes de deux espèces. Il en est contre lesquelles aucune preuve n'est admissible. Ce n'est pas que le fait auquel s'attachent ces présomptions renferme nécessairement les conséquences qu'on en déduit ; quelquefois même ces consé-

quences sont contraires à la vérité ; mais la loi les tient pour vraies *à priori*, et ordonne au juge de juger toujours comme si elles l'étaient. Le but en est multiple dans le droit civil ; dans le droit commercial, il est unique : c'est de prévenir certaines manœuvres frauduleuses dont, malgré toutes ces précautions, on ne voit encore que trop d'exemples. Ces conséquences, nous les appelons proprement présomptions légales, ou *juris et de jure*, malgré les critiques dont cette dernière dénomination a été l'objet, parce que l'usage l'a consacrée, et qu'elle sert à bien distinguer les deux espèces de présomptions légales.

Les présomptions légales de la seconde espèce n'ont pas la force invincible des premières. Une preuve contraire peut les détruire. On n'en saurait mieux comparer l'effet qu'à celui de la possession annale. La partie en faveur de laquelle ces présomptions militent, est réputée, par provision, avoir de son côté le bon droit et la vérité. Mais le provisoire peut cesser, de même que le possesseur annal n'est censé propriétaire, que tant qu'on ne lui prouve pas, au pétitoire, qu'il ne l'était qu'en apparence.

210. — Nous n'examinons pas, sous le rapport du droit civil, à quels signes on reconnaît qu'une présomption légale est *juris et de jure*, ni sur quoi se fondent les différents motifs des présomptions de cette nature. Ils sont étrangers à notre sujet. Nous dirons seulement que, dans le droit commercial, une présomption est *juris et de jure*, lorsqu'à raison du temps où certains actes ont été faits, la loi les annule, ou déclare qu'il n'en résulte aucune action en justice.

Par exemple, le contrat d'assurance, si nécessaire au

commerce, est celui de tous, peut-être, qui ouvrirait le plus de chances aux spéculations de la fraude, si de sages précautions n'entravaient ses entreprises. Les nations commerçantes se sont donc toutes accordées à fonder sur une circonstance de temps la présomption qu'au moment de la signature de la police, le sinistre ou l'heureuse arrivée d'un navire était, ou du moins pouvait être connue de l'assureur ou de l'assuré. C'est ainsi que notre art. 365 annule l'engagement, si, en comptant comme le dit l'art. 366, trois quarts de myriamètre (une lieue et demie) par heure de l'endroit soit de l'arrivée soit de la perte du vaisseau, ou du lieu dans lequel la première nouvelle en est parvenue, elle a pu être portée au lieu du contrat, avant la signature des contractants. Cette présomption ne repose pourtant que sur la seule possibilité d'un fait qui peut ne pas exister, dont la fausseté serait même, en certains cas, facilement démontrée ; mais c'est une présomption *juris et de jure* que l'égide de la loi met à l'abri de toute attaque, *contra omnia tela.* L'évidence elle-même ne la saurait ébranler.

Un négociant qui, en mariant sa fille, lui a constitué en dot une terre de 50,000 fr., apprend, deux jours après, par les journaux, au milieu même des réjouissances du mariage, que son navire, chargé de marchandises d'un grand prix, et dont on lui avait faussement annoncé l'arrivée à bon port, s'est perdu corps et biens, et, pour comble d'infortune, que ses assureurs ont manqué. C'est un coup de foudre. Ce négociant était riche ; le voilà pauvre ; par conséquent plus d'amis ; ses payements cessent, et ses convives se hâtent de le faire déclarer en faillite, sous la surveillance des gendarmes. Mais la dot ? Restera-t-elle du moins aux jeunes époux si dignes d'intérêt, et dont la bonne foi est plus évidente encore, s'il était possible, que

celle du malheureux père? Non. (Art. 446 C. com. V. M. Vincens, t. 1, p. 414.)

211. — Mais la présomption *juris* n'est pas inflexible. Quand j'ai entre les mains le titre qui vous rendait mon créancier, la loi, il est vrai; me dispense de prouver ma libération. Voilà mon avantage. Mais si contre cette présomption vous en invoquez d'autres de nature à la balancer, c'est le cas de dire *judicem æstimaturum*. Le tribunal verra dans sa sagesse, et décidera dans sa conviction, si je suis ou ne suis pas libéré. Il en serait de même du payement que je vous ai fait, et d'où la loi présume que j'étais votre débiteur. A cette présomption je puis en opposer d'autres.

212. — Une présomption *juris* toute particulière au droit commercial, est celle qui résulte des signes ou marques apposés sur les marchandises, soit découvertes, soit emballées ou enfutaillées. Il ne s'agit pas ici des marques usitées dans les manufactures et fabriques, pour prévenir l'altération ou la contrefaçon de leurs produits; elles sont l'objet d'une législation spéciale dont nous n'avons point à nous occuper. Nous voulons parler seulement des marques et numéros prescrits, pour la lettre de voiture, par l'art. 102, et, pour le connaissement, par l'art. 281 du Code de commerce. La loi n'ayant point indiqué les motifs des précautions qu'elle commande, c'est à l'usage et à la doctrine qu'il appartient d'en déterminer l'effet.

213. — Les marques et numéros ont plus d'un but d'utilité.

D'abord ils servent, durant le transport des marchandises, à en prévenir la confusion avec des marchandises

de même nature ou de même apparence, lorsqu'elles changent de voitures, ou qu'elles sont transbordées d'un navire sur un autre ; puis à en faciliter la reconnaissance lors de leur arrivée à destination, par la conformité des marques que portent les balles, ballots, paquets, caisses ou colis, avec celles répétées sur la facture, le connaissement ou la lettre de voiture dont un double a été envoyé au destinataire. Envisagées sous ce rapport, les marques ne sont qu'une mesure d'ordre et de prudence.

Mais, en second lieu, dans certains cas imprévus ou de force majeure, *v. g.*, de naufrage, de pillage du vaisseau ou de la voiture, de la perte ou de l'enlèvement des papiers, ou lorsque l'expéditeur n'a pas fait écriture de son envoi, etc., les marques peuvent devenir une présomption *juris* de propriété en faveur de celui au nom de qui elles se rapportent. *Ad signum cognoscuntur ballæ*, est un des plus anciens proverbes du commerce (Stracc. Rot. gen. decis. 201, *et multi alii*) ; *signum mercatorum*, dit encore Straccha (*ubi sup.*), *facit rem eorum præsumi quorum sunt signacula.* A la vérité, ce n'est là qu'une présomption ; les auteurs ont soin de le dire ; mais c'est une présomption qui a son importance, car elle vaut titre tant qu'on ne la détruit pas.

Un troisième effet de la marque, c'est d'équivaloir à la livraison ou tradition réelle de la marchandise. On a vu au paragraphe de la facture, n° 160, que, dans l'espèce d'une même chose vendue successivement à deux acheteurs, celui qui en a été mis en possession reste propriétaire, bien que son achat soit d'une date postérieure ; et que toute la différence à cet égard entre le droit civil (art. 1141) et le droit commercial, c'est que, dans le droit civil, il faut *une tradition réelle*, tandis que, dans le droit commercial, il suffit d'une tradition feinte, pourvu

qu'elle se fasse par un des modes que l'usage autorise. Or la marque est de ce nombre. Quand la vente est constante, la marque opère tradition tout aussi efficacement que la légitime possession d'une facture, d'un connaissement ou d'une lettre de voiture : *Ex signis vel marchis in ballis pannorum seu mercium arguitur non solum dominium illarum esse illius cujus signum esse probatur ; sed ex variatione primi marchi aliud imponendo super mercibus, arguitur traditio earum mercatori cujus est novum marchum* (Casareg. Disc. 10, add. n° 38). Ce n'est point ici une présomption, comme dans le cas précédent ; c'est une fiction qui équivaut à la vérité même. Si donc vous me vendez à Rouen des bois que vous avez dans un chantier à Quimper, j'en serai livré du jour où il sera constant qu'ils ont été frappés de ma marque ; et cette livraison produira tout son effet, non-seulement contre vos créanciers, au cas de votre faillite, mais encore contre tout autre acheteur à qui il serait certain que vous les auriez vendus antérieurement à mon achat, s'il ne peut m'opposer une livraison feinte ou réelle, antérieure à la mienne.

Par exemple vous aviez remis, en effets négociables, le prix de vingt caisses de savons à Jacques qui, tombé en faillite, disparaît avec tous ses livres et papiers ; mais on trouve dans ses magasins vingt caisses de savons, marquées de vos initiales plus de dix jours avant l'ouverture de la faillite ; l'expédition n'en avait été différée que par les vents contraires, ou faute d'une occasion favorable. Dans cet état des choses, nul ne peut vous contester la propriété de ces marchandises. Inutilement Salomon, à qui Jacques les a aussi vendues, se présente-t-il avec un titre ayant date certaine. On lui a vendu, mais point de tradition. Par conséquent, la vente ne produit nul effet contre vous qui êtes saisi des objets réclamés. De leur côté, les

syndics de Jacques vous remettront les savons, parce qu'à dater du jour où votre marque y a été empreinte, ils n'étaient qu'en dépôt dans les magasins du failli, pour vous propriétaire incommutable ; tandis que, sans cette marque, vous ne seriez que simple créancier.

A l'égard des vins, huiles, cidres, et des autres choses qu'on est dans l'usage de goûter avant d'en faire l'achat, le marché n'est parfait que par l'apposition de la marque de l'acheteur sur les vases ou futailles contenant la marchandise, lorsque la tradition ne s'en fait pas incontinent. Quelquefois leur retirement ou leur expédition ne s'effectue que longtemps après la conclusion du marché, et il est d'usage que le vendeur n'en passe pas plus tôt écriture sur ses livres. Que celui-ci vienne à faillir, ou à être saisi dans ses biens, la marque sera tout à la fois la preuve de la vente et le signe de la tradition, en sorte que, véritable propriétaire, l'acheteur peut exiger qu'on lui livre, et réciproquement être forcé à prendre livraison.

Telle est la coutume commerciale, et c'est aussi ce qu'enseigne Marquardus (*de mercat.*, lib. 2, cap. 9, n° 45). Après avoir exposé le principe général que le possesseur réel est préféré, quelle que soit la date de son titre, l'auteur ajoute qu'il n'en est pas ainsi dans le commerce : *Fallit tamen hoc in mercatore si primus rem emptam signo mercatorio quod vulgò marchum dicitur, signaverit ; tunc enim præfertur secundo emptori cui tradita res est, et per eum dominium in signantem transfertur.* Il en est donc de la marque comme de la facture, du connaissement ou de la lettre de voiture : *Tantùm operatur fictio in casu ficto, quantùm veritas in casu vero.* Et ce n'est pas uniquement en matière de vente que la fiction de la marque produit le même effet que la tradition réelle ; elle opère avec tout autant d'efficacité dans l'espèce d'un

prêt sur gage pour conférer privilége au prêteur, pourvu que le prêt soit constaté de la manière prescrite par l'article 2074 du Code civil.

214. — Voilà, en droit, les principaux effets de la marque ; expliquons brièvement quelle en est la pratique.

Pour peu qu'un commerçant fasse d'affaires en marchandises proprement dites, soit pour son propre compte, soit comme commissionnaire, il adopte une marque qui ne tarde pas à acquérir une sorte de notoriété commerciale sur les routes que parcourent habituellement les marchandises qu'on lui envoie, et celles qu'il expédie.

En général, que le transport s'en opère par eau ou par terre, elles portent sur leurs enveloppes des marques qui, répétées sur les connaissements ou les lettres de voiture, servent, comme nous l'avons dit, à les reconnaître.

Ces marques sont des lettres majuscules qui expriment, par abréviation, les noms des destinataires. P. D., par exemple, exprimera Paul Dubois; A et C., Aubry et Chauvin. Souvent, au-dessous de la marque du destinataire, on ajoute celle de l'expéditeur, et même des numéros pour distinguer les colis marqués des mêmes lettres.

Ainsi, supposons 5 balles expédiées à Pierre Dubois par Joseph Hamon : Ces balles pourront être marquées P. D. / J. H. et chacune d'elles porter en outre l'un des numéros 1, 2, 3, 4, 5.

Quelquefois aussi les numéros se suivent pour des envois faits à des époques différentes. Par exemple si, un mois après avoir expédié à Paul Dubois les 5 balles numérotées 1 à 5, Joseph Hamon lui en expédie cinq autres, ces cinq dernières porteront les numéros 6 à 10.

D'autres fois un expéditeur a une seule série de numéros pour ses envois, en sorte que, si dans l'intervalle d'un premier envoi à Paul Dubois, Hamon a expédié à divers 25 autres ballots numérotés 6 à 30, les balles du second envoi fait à Dubois porteront les numéros 31 et suivants. L'ordre des numéros peut aussi être indiqué par le destinataire. Il est facile de voir que ce numérotage a principalement pour objet de faciliter au commerçant le bon ordre qu'il lui importe de maintenir dans ses magasins, ainsi que la revue de ses marchandises, au moyen du livre magasinier, ou même d'un petit portatif.

Des marchandises qui doivent être expédiées à de grandes distances sont le plus souvent adressées à des commissionnaires intermédiaires, chargés de pourvoir à la continuation du transport. Par exemple, des colis pour Toulouse peuvent être adressés, *v. g.*, de Rennes à un commissionnaire de Redon, qui les réexpédie à un autre commissionnaire de Bordeaux, chargé de les faire parvenir à leur destination.

Ordinairement les colis ne portent pas les marques de ces commissionnaires intermédiaires, mais presque toujours celle du destinataire, alors même qu'il n'est pas le propriétaire des marchandises, et ne les reçoit qu'en dépôt, ou comme chargé de les vendre pour le compte de l'expéditeur. Telle est la pratique la plus usuelle. Il en résulte que la marque du destinataire n'a qu'un seul but, celui de servir d'adresse ; et que la marque de l'expéditeur n'a aussi qu'un seul objet, celui de signaler l'expéditeur de divers colis ou balles contenant des marchandises de même espèce. Aucune de ces marques ne fait distinguer si le destinataire est acheteur ou simplement consignataire. C'est qu'en effet la plupart des commerçants ne voient dans la marque qu'un moyen d'obvier aux erreurs

qui pourraient se commettre dans le transport de la marchandise, et de la faire plus sûrement parvenir à sa destination.

Toutefois, il en est d'autres qui, plus avisés, ont soin de de ne faire porter que leurs propres marques sur les colis envoyés en consignation. Ils y attachent par là un signe de leur propriété, et plus d'une fois l'événement a justifié la sagesse de leur prévoyance. Bernard, de Brest, consigne à Pierre, de la Martinique, diverses futailles de salaison, portant la marque de son consignataire. A l'arrivée de la marchandise, les créanciers de Pierre la font saisir comme étant sa propriété. Vainement il proteste; le juge déclare la saisie valable, et les créanciers se payent sur le produit d'une marchandise qui n'appartient réellement pas à leur débiteur, mais qui, au moyen de sa marque, est réputée lui appartenir. Quant à Bernard, pour se rédimer d'une perte, effet de son imprudence, il n'a que la triste chance d'engager un procès loin de son pays. Si, au contraire, il n'eût apposé sur les futailles que sa propre marque, signe tutélaire de sa propriété conservée, nul juge n'eût osé passer outre aux protestations du consignataire; la saisie n'aurait même pas été pratiquée; et, loin de rien perdre, peut-être l'expéditeur eût-il fait un beau bénéfice.

Mais si la marque seule de l'expéditeur a l'avantage d'être un signe de sa propriété, son isolement a l'inconvénient de ne pas faire connaître le destinataire. D'un autre côté, la marque et la contre-marque, telles qu'on les pratique habituellement, indiquent bien le destinataire, mais elles laissent inconnu le véritable propriétaire. Cependant il serait facile d'obtenir aussi ce dernier résultat par une meilleure combinaison de la marque et de la contre-marque, et ce système ne laisserait pas que d'offrir bien des avantages.

En effet, le propriétaire d'une marchandise l'expédie à son correspondant, soit parce qu'il la lui a vendue, soit afin qu'il la vende, l'entrepose ou la réexpédie, pour compte de l'envoyeur.

Au premier cas, celui d'une vente, la marchandise, s'il n'y a convention contraire, voyage aux risques et périls du destinataire. Elle se perdrait donc ou périrait pour lui (art. 100 C. com.). Alors la marque de l'acheteur en dessus, et la contre-marque du vendeur en dessous, distingueraient parfaitement le propriétaire de l'expéditeur, tout en conservant les avantages de la marque du destinataire pour prévenir les erreurs pendant le transport.

Dans les trois autres cas, comme l'expéditeur reste toujours propriétaire de la marchandise, il est juste que sa responsabilité soit indiquée par sa marque, qui resterait en même temps un signe de sa propriété. Alors c'est la marque du destinataire qui devrait devenir la contre-marque.

Par ce moyen, tout en servant d'adresse, les marques distingueraient le cas d'une vente et celui d'une consignation, la rétention de la propriété, ou le dessaisissement du propriétaire. Nul doute qu'un pareil usage ne puisse très-légalement s'introduire dans le commerce ; car, en ordonnant la pratique des marques, la loi n'en prescrit pas un emploi déterminé. Si l'art. 102 exige que les objets à transporter soient marqués et numérotés, ce n'est pas uniquement pour qu'une adresse soit appliquée à ces objets ; cela va sans dire, comme chacun en met une sur ses lettres bien qu'aucune loi ne le lui commande. Il n'en était pas besoin. Le législateur a donc attaché d'autres idées d'utilité aux marques et aux numéros. Mais il a laissé au commerçant la liberté d'en faire toutes les combinaisons qui conviendraient aux occurrences du mo-

ment, *v. g.*, lorsqu'il peut importer de ne pas révéler soit l'expéditeur, soit le destinataire, soit la qualité dans laquelle se fait l'envoi, ou dans laquelle il doit être reçu, sauf à subir toutes les chances attachées au mode que l'on aurait choisi.

215. — Après avoir considéré les marques selon le droit et dans la pratique, voyons-en quelques applications. Il est entendu que, dans les exemples qui suivent, on fait abstraction de tous documents qui auraient pu éclaircir le fait litigieux, pour ne considérer que la présomption *juris* résultant de la marque.

Dans le magasin d'un entrepositaire failli ou de tout autre commissionnaire également en faillite, se trouve un colis portant votre marque, et sur lequel les syndics ne prétendent aucun droit. N'eussiez-vous nul titre de votre propriété, ce colis doit vous être remis de préférence à tous autres qui le réclameraient sans prouver clairement qu'ils en sont propriétaires, parce que la marque opère en votre faveur une présomption de droit. *Signum enim regulariter ostendit signatum.... ei cui competit signum, et signatum competere videtur* (Marq., l. 3, cap. 9, n° 63).

Quand bien même un réclamateur présenterait un titre d'achat, la présomption n'en conserverait pas moins toute son efficacité. En effet, si l'on ne prouve pas que la marque a été apposée par dol, c'est un indice matériel que le colis vous a appartenu, qu'il vous appartenait lorsque vous l'avez marqué ou fait marquer, et l'existence permanente du signe de votre propriété sur ce même colis, emporte présomption qu'il n'a pas cessé de vous appartenir. Or, tant qu'on ne voit pas comment le propriétaire s'est dessaisi, il reste sur la détention en vertu de sa marque même. Au contraire, destitué de toute tradition,

le titre ne produit aucun effet tant que l'acheteur ne prouve pas avoir acheté *à vero domino*. Le vendeur lui-même échouerait dans sa demande, s'il n'a pas la preuve d'avoir été violemment ou frauduleusement dépossédé par vous. Par conséquent, la réclamation de son ayant-cause ne peut obtenir aucun succès. *Nemo plus juris in alium transferre potest quàm ipse habet.*

La présomption qui, en ce cas, résulte de la marque, est absolument la même que celle qui protége le propriétaire des marchandises dans les événements imprévus ou de force majeure dont on a parlé au commencement du n° 213.

Si le colis porte la marque de deux réclamateurs, la plus récente a pour elle le bénéfice de la présomption, et, d'après ce qui a été dit, la raison en est sensible. Tout se réduit alors à déterminer la date des deux marques.

Mais l'espèce se complique, si le colis porte deux marques différentes dont il ne soit pas possible de distinguer quelle est la plus récente, ou la même marque reconnue être celle de deux commerçants différents. Le cas peut se présenter dans le commerce maritime. Un navire est pris par un pirate qui s'empare de tous les papiers de bord, pille une partie de la cargaison, puis le laisse suivre son voyage. A destination, deux consignataires se présentent, réclamant chacun un ballot à la même marque, et justifiant, chacun, sa réclamation par une lettre de son correspondant. Quant au capitaine, nulle difficulté. Ne trouvant dans son navire qu'un seul ballot, il n'en peut délivrer deux; d'un autre côté, n'étant point juge des réclamations qu'on lui adresse, il fera ordonner le dépôt des marchandises, et au besoin, leur vente pour être payé de son fret.

En ce qui touche les réclamateurs, nulle présomption

de droit n'existant de côté ni d'autre, c'est entre eux une pure question de fait. Le juge, en les interrogeant, cherchera un éclaircissement dans leurs réponses : *Ex subtili enim judicis investigatione, plerumquè veritas invenitur.* S'il n'y peut réussir et que la marchandise périclite, peut-être y aurait-il lieu à faire un *judicium rusticum.* On peut en voir un exemple dans Emerigon, t. 1, p. 317. Dans l'espèce, le juge ayant cru que le poids des raisons était égal de part et d'autre, il fut ordonné que le produit des marchandises dont la vente avait eu lieu en vertu d'un premier jugement, serait partagé par moitié entre les deux consignataires. Sur l'appel au parlement, l'un d'eux justifia de son droit exclusif.

Dans les exemples donnés, la marchandise est aux mains d'un tiers qui n'élève sur elle aucune prétention. Examinons le cas où le détenteur se prétend propriétaire.

Dans la faillite de Pierre, commissionnaire, se trouve un colis de marchandises que Jacques dit lui appartenir, parce qu'il est à sa marque. Le syndic, de son côté, maintient qu'il fait partie de l'actif de la faillite, et se fonde sur ce qu'il est en la possession du failli ou de la masse. Dans une telle situation, existe-t-il une présomption de droit, et en faveur de qui ? On suppose que Jacques ne prouve pas plus avoir envoyé le ballot à Pierre, que le lui avoir acheté.

Le Code civil (art. 2279) a puisé dans le droit coutumier la règle : *en fait de meubles, la possession vaut titre ;* c'est-à-dire le détenteur d'un meuble trouve dans sa détention même un titre de propriété. Cette maxime, d'une explication difficile en théorie, provient sans doute de ce que, dans le droit coutumier ou féodal, l'immeuble est la chose importante ; les meubles au contraire étaient peu considérés (*mobilium vilis possessio*).

Ce n'est pas le moment d'examiner jusqu'à quel point cette disposition coutumière peut s'accommoder aux usages du commerce; mais du moins on ne saurait l'appliquer indistinctement en matière de commission; il est même tels cas où l'application en serait manifestement impossible.

En effet, il existe des commerçants dont la profession consiste à avoir la détention et le maniement de marchandises appartenant à autrui. Tels sont les commissionnaires d'entrepôt, tels encore les commissionnaires ou entrepreneurs de transports. Il est évident que la possession de ces personnes, loin de valoir *titre*, ne peut même pas opérer une présomption de propriété en leur faveur. Si donc Jacques réclame, entre les mains de ces détenteurs, un colis à sa marque, celle-ci conserve tout son effet.

Que Pierre, chez lequel se trouve le colis dont il s'agit, soit commissionnaire en marchandises et n'opérant que pour compte d'autrui, la simple possession ne peut encore prévaloir sur la marque. Cette possession, qui s'explique par la profession de celui qui détient, n'enlève pas à la marque son caractère de présomption.

Ce caractère subsisterait encore quand même le commissionnaire commercerait pour son propre compte; car, ou il opère sur des marchandises de même nature que celles du ballot, ou il trafique de marchandises différentes: au premier cas, loin de s'affaiblir, la présomption se fortifie par l'invraisemblance que ce commissionnaire ait acheté de la marchandise dont il ne fait pas commerce; dans la seconde hypothèse, la présomption ne perd rien de sa force, par le double motif qu'il n'est pas ordinaire que l'acheteur laisse subsister la marque du vendeur, et que rien n'est plus commun que de voir la marchandise consignée conserver jusqu'à sa vente la marque du consignateur. Inutile de dire que la solution est absolument la

même quand la consignation est faite sous la marque d'un commissionnaire agissant en son propre nom. C'est alors lui qui réclame la marchandise, sauf à en rendre compte à son commettant.

L'usage s'est introduit dans le commerce des liquides d'inscrire un nom en toutes lettres sur les futailles. Ce nom ne désigne pas le propriétaire actuel ; il indique seulement la provenance.

216. — Outre ces deux espèces de présomptions, il en est d'autres, avons-nous dit, qu'on appelle indifféremment en jurisprudence présomptions *morales* ou *humaines*. Celles-ci sont abandonnées aux lumières et à la prudence des magistrats. Mais l'art. 1353, qui le dit expressément, ne crée point arbitrairement un principe ; il ne fait qu'en énoncer un fondé sur la nature des choses, parce que, entre les moyens propres à la manifestation de la vérité, la raison et le droit naturel n'admettent d'autre différence que celle qui peut exister dans la force persuasive de ces mêmes moyens, pesés par un esprit juste au poids de l'équité. Quand l'intérêt social l'exige, la toute-puissance de la loi établit certaines présomptions, contre lesquelles la vérité elle-même n'obtient pas la parole, et d'autres auxquelles elle accorde une confiance provisoire, sans les protéger contre de justes réclamations. Mais cette part une fois faite, tout le reste est remis à la conscience du juge, et le droit naturel reprend son empire.

Cependant la loi ne laisse pas encore que d'assigner certaines limites au pouvoir discrétionnaire du juge, et cela par un motif que le simple bon sens indique. En effet, les présomptions humaines n'étant que des conséquences déduites d'un fait connu à un fait inconnu, le degré de confiance qu'elles méritent dépend du rapport plus ou

moins prochain qui peut rattacher l'un des faits à l'autre; et, comme un tel rapport n'est presque jamais cette liaison nécessaire qui seule conduit à la certitude, il s'ensuit qu'en général, les présomptions morales n'opèrent que des probabilités. Mais le bon sens dit encore que, plus ces probabilités se multiplient, plus il est vraisemblable que leurs conséquences touchent à la vérité.

En considérant les obligations sous un point de vue général, la loi a donc voulu et a dû vouloir qu'une présomption unique ne pût tenir lieu de preuve, et la raison ne l'exige pas moins que la loi, mais celle-ci a plus fait: elle a tenté de déterminer le caractère que doivent avoir les présomptions pour que le juge en tienne compte; ces présomptions, a-t-elle dit, doivent être *graves*, *précises et concordantes* (art. 1353 C. civ.).

217. — Dans le droit civil, comme dans le droit commercial, l'acceptation d'un mandat peut être tacite; mais, selon le droit civil, il n'y a qu'une seule manière de l'accepter tacitement, et il en est deux, selon le droit commercial.

« L'acceptation du mandat, dit le Code civil (art. 1985), « peut n'être que tacite, et résulter de l'exécution qui lui « a été donnée par le mandataire. » Si donc je vous ai mandé de réparer ma maison, n'eussiez-vous fait que préparer une partie des matériaux nécessaires, le mandat est tacitement accepté, tout aussi bien que le serait la commission de vendre mes vins dont vous auriez payé les droits d'octroi.

Mais si, au lieu de préparer des matériaux, vous fussiez resté sans rien faire et sans me répondre, on ne pourrait pas dire que vous avez accepté mon mandat.

Au contraire, si, étant un négociant avec lequel j'ai déjà eu des relations d'affaires, vous n'avez pas répondu

à la lettre qui vous commettait la vente de mes marchandises, encore bien que vous n'en ayez pas acquitté les droits, le juge commercial en conclura ou que vous avez accepté l'ordre que je vous reproche de n'avoir pas exécuté, ou, qu'en ne me répondant pas, vous avez pu me causer un préjudice dont vous devez la réparation, s'il existe. C'est ce qui est clairement établi t. 2, n° 155.

Ce cas suppose ou que le mandat n'est pas dénié, ou que je le prouve, et que vous prétendez seulement ne l'avoir pas accepté. Ainsi vous serez condamné quant aux marchandises, et absous quant aux réparations, ma maison se fût-elle écroulée. Pourquoi deux décisions si contraires pour deux cas où vous n'avez rien fait, ni rien écrit, et qui, sous ce rapport, sont identiquement les mêmes? C'est que, d'une part, le Code civil, tout en admettant une acceptation tacite, ne la fait résulter que d'une exécution au moins commencée, qui ne peut jamais être l'effet du silence, et que, d'un autre côté, le même Code ne vous obligeait nullement à m'écrire, pour ce qui concernait ma maison; tandis que, d'après les usages et le droit du commerce, vous étiez tenu de me répondre pour ce qui regarde les marchandises.

Cependant la décision qui vous condamne n'est pas conforme non plus à l'art. 1353 du Code civil, puisqu'il exige le concours de plusieurs circonstances, et que, dans l'espèce, il n'y en a qu'une seule, votre silence. Mais, si l'on n'en saurait conclure avec quelque certitude l'acceptation du mandat, ni, par conséquent, la formation du contrat, il reste toujours, comme nous l'avons dit, que ce silence est un fait qui me nuit, un quasi-délit, en sorte que la condamnation est toujours juste, sous quelque rapport qu'on l'envisage (art. 1382 C. civ.).

218.—Après tout, dans le droit civil lui-même, l'art. 1353 n'est point applicable au cas de l'acceptation tacite d'un mandat qui n'est pas dénié. Lorsque, après avoir disposé des matériaux pour réparer ma maison, vous contestez cependant avoir accepté mon mandat, il n'est qu'une seule circonstance dont se déduit cette acceptation, à savoir l'apprêt des matériaux, et le juge civil n'en exigera certainement pas davantage. Pourquoi? Parce qu'en admettant pour constant, comme l'espèce le suppose, que le mandat a été donné, et que c'est pour réparer la maison que les matériaux ont été disposés, il y a un rapport nécessaire entre le fait certain que je vous oppose, et la conséquence que j'en rapporte au fait de votre acceptation. Il y a donc évidence, et ce n'est point pour des cas pareils qu'est fait l'art. 1353.

Mais si le fait d'où l'on déduit l'acceptation est équivoque; si, par exemple, vous prétendiez n'avoir disposé les matériaux que pour réparer votre propre maison contiguë à la mienne, comme cette allégation ne laisse pas aussi que d'avoir sa vraisemblance, c'est alors que le juge devrait exiger de moi une ou plusieurs autres circonstances à l'appui de la présomption trop faible qui résulte de la disposition des matériaux. Voilà le sens de l'art. 1353 en tant qu'applicable à l'acceptation d'un mandat civil, et le bon sens nous dit la même chose en ce qui concerne l'acceptation d'un mandat de commission.

219. —Quand c'est le mandat lui-même qui est dénié, soit d'un côté, soit de l'autre, il est rarement facile d'arriver par des présomptions à la preuve d'un contrat formé. Alors l'art. 1353 veut être observé dans le droit commercial comme dans le droit civil, et, si les sages précautions qu'il commande ne suffisent pas à fixer, sur le fait, les

doutes du juge, il se décide par quelque maxime ou quelque règle de droit qui se rapporte à la cause. J'ai pu vendre vos marchandises ou en acheter pour votre compte, sans qu'on soit sûr d'en conclure à bon droit que j'ai agi comme mandataire, car je puis tout aussi bien ne l'avoir fait que comme *negotiorum gestor*, ou simplement *negotiorum susceptor*. Or les faits d'où les présomptions se déduisent étant identiquement les mêmes dans ces trois cas très-différents, pourquoi seriez-vous mieux fondé à dire que j'ai agi, par exemple, en qualité de *negotiorum susceptor*, que moi à prétendre que j'ai agi par mandat, quand aucune autre circonstance ne vient éclairer sur ce point? Dans ce cas perplexe, il faut distinguer. Si j'avais chez moi, par votre volonté, les marchandises que j'ai vendues, la présomption du mandat est plus grave que celle d'une *susception* d'affaires, *ex eo quod plerumquè fit*, n'étant pas ordinaire qu'un commerçant envoie ou laisse sa marchandise chez un correspondant, sans quelque dessein d'en trouver la vente ; au cas contraire la *susception* d'affaires sera plus facilement présumée qu'un mandat, parce que, n'ayant pas d'avance pour moi la présomption qui fût résultée de la présence des marchandises dans mes magasins, j'ai à m'imputer d'avoir négligé de prendre une preuve du mandat, et qu'ayant commencé par suivre votre foi, toutes choses d'ailleurs égales, je dois m'y rapporter encore (1).

Ce qui fait qu'il est beaucoup plus ordinaire d'avoir la preuve présomptive de l'acceptation que de la dation d'un mandat oral, c'est qu'il n'arrive presque jamais que le commettant agisse dès avant l'exécution, comme si elle

(1) V. t. 2, chap. 3, § 1 et 2, la distinction du *negot. gestor* et du *negot. susceptor*.

avait déjà eu lieu, tandis que fort souvent on exécute un mandat, ou on commence de l'exécuter, sans dire ni écrire qu'on l'accepte; cependant le cas n'est pas impossible.

Un chimiste a trouvé, par un nouveau procédé, le moyen de conserver intact pendant dix à douze ans le doublage des navires, et vous me chargez, de vive voix, d'acheter son secret de l'inventeur. Je traite donc dans votre nom, en déclarant faire le fait valable; du reste, nulle preuve du mandat que vous déniez, quand je l'ai rempli. Mais, au moment où je l'exécutais, vous traitiez vous-même à l'étranger de la vente de cette invention, à un prix bien plus élevé que celui auquel j'avais acheté et qui était la limite de mes pouvoirs, votre acheteur demeurant toutefois libre de se repentir dans un délai de quinzaine, moyennant une prime de 10,000 fr. J'apprends ces détails, et je m'en procure la preuve; il en résulte une présomption des plus graves du mandat que vous déniez. Comment, en effet, eussiez-vous vendu à livrer une invention que vous n'achetiez pas vous-même, si vous n'en eussiez commis l'achat à un mandataire? La présomption serait sans doute moins grave, si votre vente à terme eût été de choses uniquement déterminées par leur espèce, *v. g.*, des cafés, des sucres, etc.; mais vendre un objet qui n'a point de semblable, et soutenir qu'on n'a pris nulle précaution pour se le procurer, c'est ce qui répugne à toute vraisemblance. Il y a donc, dans l'exemple supposé, entre le fait connu et le fait qu'on veut connaître, une relation directe, dont l'intimité se resserre encore par votre impuissance à indiquer une autre personne à qui vous ayez commis l'achat de ce que vous vendiez par anticipation, n'étant pas d'un homme sensé de s'exposer volontairement à des dommages-intérêts pour inexécution

d'un contrat qu'il sait d'avance ne pouvoir exécuter. Cette seconde circonstance venant corroborer l'autre, il est comme impossible que leur concours n'opère pas conviction sur l'esprit du juge.

220. — On voit donc, en résultat, qu'il est des cas où la preuve présomptive d'une commission résulte d'une seule circonstance, et d'autres qui en exigent plusieurs. Quand une seule présomption suffit-elle? Quels sont les cas où il en faut un plus grand nombre? C'est ce qu'un sens droit et l'équité naturelle diront au juge bien plus intelligiblement que l'art. 1353.

Effectivement cette disposition métaphysique n'est pas des plus claires. Les présomptions, porte-t-elle, doivent être *graves, précises et concordantes*. Pour cette dernière expression, nulle difficulté; les présomptions doivent converger vers un même point. Mais qu'est-ce qu'une présomption grave, une présomption précise? La loi ne le dit pas, et là-dessus les auteurs sont loin de *concorder*.

Une présomption est grave, dit M. Duranton (t. 13, n° 533), *lorsqu'elle repose sur un fait certain*. Elle est précise, dit M. Favard, quand elle repose sur *un fait bien déterminé*. (*Répert.*, t. 4, v° *Présomptions.*)

Une présomption est grave, suivant M. Favard, *lorsqu'elle repose sur un fait capital essentiel par rapport à l'objet* (l'auteur veut dire, sans doute, lorsqu'on peut déduire une conséquence vraisemblable du fait certain au fait incertain); et, suivant M. Duranton, elle cesse d'être précise, *si elle est vague, susceptible de s'appliquer à plusieurs circonstances, et de faire naître des conjectures diverses.*

Comme on le voit, ce qui est grave pour l'un est précis pour l'autre, et réciproquement.

D'où provient ce désaccord? C'est qu'une présomption ne peut être grave si elle n'est précise, ni précise si elle n'est grave, parce qu'il n'y a qu'une présomption précise et grave tout à la fois, ou grave et précise, comme on voudra, car l'une et l'autre idée s'impliquent mutuellement, qui puisse faire impression sur un esprit juste.

Dix caisses de savon vous ont été remises; c'est le fait certain, le point de départ. Vous sont-elles vendues ou consignées? Voilà ce qu'il s'agit de savoir. Or, bien que le fait soit assurément on ne peut mieux *déterminé*, comme le veut M. Favard, et soit *un fait certain*, comme M. Duranton l'exige, on n'en tirera jamais une présomption *précise;* car la remise pouvant avoir lieu en cas de consignation, comme en cas de vente, et même en cas de gage, comme en cas de dépôt, on ne saurait en induire ni une vente, ni une consignation. Ce n'est donc, suivant M. Duranton, *qu'une présomption vague, susceptible de s'appliquer à plusieurs circonstances.* D'un autre côté, le fait est bien certain, et néanmoins, quoi qu'en dise M. Duranton, quelque présomption qu'on en tire, elle ne sera pas grave. Pourquoi? Parce que, le même fait donnant lieu à deux conjectures également probables, la présomption n'est pas précise.

Impossible donc de séparer une présomption grave d'une présomption précise, et, par suite, de les définir séparément d'une manière intelligible. Il aurait mieux valu copier à peu près l'art. 1113 et dire : la présomption est grave (1) *lorsqu'elle est de nature à faire impression sur un esprit raisonnable;* ou mieux encore peut-être valait-il ne rien dire, car telle présomption est grave pour les uns,

(1) *Gravis*, qui a du poids.

qui paraît très-futile aux autres. Cela dépend du *judicium;* les jurisconsultes romains l'avaient bien senti : *Quæ argumenta ad quem modum probandæ cuique rei sufficiant, nullo certo modo satis definiri potest.* L. 3, § 2, D., *De testib.*

---

§ IX

DE L'AVEU OU DE LA CONFESSION DES PARTIES.

SOMMAIRE.

221. Il y a deux sortes d'aveu : l'aveu judiciaire et l'aveu extrajudiciaire.
222. Ce qu'on appelle aveu ou confession; paroles du tribun Jaubert; confusion que l'on fait dans le droit français de l'acte ou contrat, et de l'instrument; l'aveu équivaut à la convention qu'il s'agit de prouver.
223. Toutefois cela n'est vrai qu'entre la partie qui avoue et celle au profit de qui l'aveu est fait; il en est de l'aveu comme de la ratification, laquelle n'opère rien contre les tiers qui ont des droits acquis antérieurement.
224. De ce que l'aveu équivaut entre parties à un engagement qui n'était pas prouvé, il résulte que l'aveu ne peut être révoqué pour erreur de droit; que, pour avouer, il faut être capable de contracter; que la convent'on, pouvant être annulée au profit de la partie qui avoue, peut l'être aussi au profit de ses créanciers.
225. Difficultés que présente l'aveu, lorsqu'il est accompagné de restrictions ou conditions; examen de la question de savoir si la *déclaration*, appelée aveu dans notre droit, peut être divisée.
226. Avant le Code civil, Pothier admettait l'indivisibilité de l'aveu

comme un principe général, sans y ajouter aucune restriction; mais beaucoup de jurisconsultes y apportaient des exceptions; résumé de ces exceptions.

227. Disposition de l'art. 1356 du Code civil; cette disposition consacre-t-elle le principe absolu de l'indivisibilité de l'aveu, ou laisse-t-elle encore subsister les anciennes distinctions et exceptions? On doit tout d'abord écarter celles qui ne touchent réellement pas à l'indivisibilité de l'aveu; exemples.

228. M. Merlin et M. Toullier pensent que l'art. 1356 souffre certaines exceptions, sans être, toutefois, d'accord sur ces exceptions; résumé de l'opinion de M. Merlin et de celle de M. Toullier.

229. Réfutation de la doctrine de M. Toullier, par le texte et l'esprit de la loi, et par les propres principes de l'auteur.

230. Réfutation de la doctrine de M. Merlin, et motifs de cette réfutation.

231. Encore bien que la loi ne consacre pas expressément le principe de l'indivisibilité quant à l'aveu extrajudiciaire, il est aujourd'hui reconnu que ce principe ne s'applique pas moins à cet aveu qu'à l'aveu fait en justice; l'un et l'autre ne diffèrent que dans le degré de foi qu'ils méritent; exemples.

232. Lorsque les deux parties de l'aveu ne forment pas un tout connexe et ne se rapportent pas non plus à une même époque, l'aveu est divisible, suivant M. Toullier; il est, au contraire, indivisible, suivant M. Merlin, et ces deux auteurs se fondent sur la même loi romaine, la loi 26. § 2, D. *Depositi vel contrà*, tirée des écrits de Paul; texte de cette loi; ce qu'elle signifie selon M. Toullier; erreur que M. Merlin reproche à M. Toullier dans l'exposé du contenu de cette loi, et comment il l'entend lui-même.

233. La conséquence déduite par M. Toullier de la loi de Paul est la seule admissible dans le droit romain; il n'en résulte pas que l'aveu est indivisible, comme le prétend M. Merlin; explication de cette loi; reproche que le premier de ces auteurs serait, à son tour, en droit d'adresser au second; néanmoins M. Toullier n'a pas bien saisi les prémisses de la conséquence qu'il déduit.

221. — On distingue deux sortes d'aveu ; l'aveu judiciaire et l'aveu extrajudiciaire (art. 1354 C. civ.). Occupons-nous d'abord de celui qui se fait en justice.

222. — Quoique l'art. 109 du Code de commerce ne fasse mention ni de l'un ni de l'autre aveu, comme la preuve d'un contrat consensuel tient éminemment du droit des gens, il est évident que ce moyen de constatation n'appartient pas moins au droit commercial qu'au droit civil. Nous devons donc en faire l'objet de quelques explications. Pour cela essayons, avant tout, de déterminer le vrai sens qu'il faut attacher à ce qu'on appelle, en jurisprudence, *l'aveu* ou *la confession*.

« Les conventions, disait le tribun Jaubert, prennent « leur véritable source dans le consentement. Lors donc « que la vérité de la convention se manifeste par le propre « aveu des parties contractantes, toute la théorie sur les « preuves extérieures doit cesser. »

On peut se demander ce que M. Jaubert veut donner à entendre par ces mots, *des preuves extérieures;* aucune preuve d'une convention quelconque ne peut exister dans cette convention elle-même, puisque celle-ci se forme par le seul concours des volontés, et que ce con-

cours lui donne une existence indépendante de sa constatation. La convention manque donc de toute preuve *intérieure.* D'où vient cependant que l'orateur du Tribunat nous parle de *preuves extérieures?* C'est que la langue du droit français ne s'asservit pas toujours à la logique rigoureuse dont les jurisconsultes romains ne s'écartent jamais. Chez eux, le mot *acte* signifie ce qui a été fait, dit ou convenu entre les parties, et ne signifie rien autre chose; c'est proprement le contrat, la convention, valables par le seul consentement, de quelque manière qu'on l'exprime. (L. 19, D., *De verb. sign.*); et ils appellent *instrumentum* l'écrit, le document dressé pour conserver la mémoire de la convention, et en faire preuve au besoin. Chez nous, au contraire, faute de termes qui répondent à l'expression latine *instrumentum*, les auteurs, la loi elle-même, emploient fréquemment, par métonymie, les mots *acte* ou *contrat*, pour signifier l'instrument, le document écrit servant à prouver la convention qui, strictement parlant, n'est autre chose que le contrat ou l'acte, *id quod actum est*, *quod contractum.* Or, ce que M. Jaubert qualifie de preuves extérieures, est précisément l'écriture du contrat, ajoutant que, quand un aveu existe, il n'est que faire de ces sortes de preuves (1).

Effectivement lorsque, assigné par Jacques pour lui rendre des marchandises que le capitaine de son navire en partance avait laissées chez moi, je réponds les avoir vendues à Pierre, de Rouen, livrables dans un mois, en exécution d'un mandat que le même Jacques m'avait

(1) Le mot *acte* employé dans l'art. 175 du Code pénal, en deux sens différents, c'est-à-dire le contrat même et l'écrit qui le constate, a été cause d'un procès criminel fait à un notaire. On en peut voir l'espèce dans Sirey, 17, 1, 267.

donné de vive voix, si ce dernier reconnaît purement et simplement la vérité du fait, son aveu aura entre nous la même foi que si le juge avait sous les yeux notre contrat (écrit) (art. 1356 C. civ.). Ce n'est pas qu'on puisse dire que l'aveu de Jacques soit la convention sans preuve que j'opposais à sa demande ; mais, de lui à moi, c'en est l'équivalent.

223. — Toutefois, prenons garde que cet effet reste concentré entre la partie qui avoue et celle au profit de qui l'aveu est fait. Pourquoi ? Parce que, par rapport aux tiers, rien ne constate que la convention a précédé l'aveu. Nous aurions pu nous concerter à leur préjudice, moi, pour alléguer un mandat chimérique, Jacques, pour en reconnaître la réalité. Par conséquent si, avant la livraison des marchandises à Pierre, David, créancier de Jacques, l'a fait saisir chez moi, la saisie est valable, nonobstant la reconnaissance de Jacques de m'en avoir commis la vente. Suivant M. Toullier (t. 10, n° 260), *consentement et aveu sont au fond une même chose.* Cela peut être vrai à n'en juger que par l'effet ; mais c'est uniquement entre les parties qui reconnaissent leur convention. Il en est de l'aveu comme de la ratification, laquelle n'opère rien contre les tiers qui avaient des droits acquis avant l'acte ratifié, ou qui en ont acquis dans l'intervalle de la date de cet acte à sa ratification.

224. — Du moment que l'aveu équivaut entre les parties à un engagement qui n'est pas prouvé, il s'ensuit que l'aveu n'oblige point s'il n'a été donné que par erreur : *non fatetur qui errat.* Mais la preuve en incombe à celui qui l'allègue ; il ne suffit même pas qu'il prouve son erreur ; il lui faut prouver en outre ne l'avoir découverte

que par la connaissance d'un fait, acquise postérieurement à son aveu ; comme si, après m'être confessé comptable d'une pacotille de quincaillerie, par vous confiée à mon père mort à Trinquemale, je trouve, parmi ses papiers qui viennent de m'être transmis, le compte de cette opération, arrêté et quittancé. En second lieu, l'aveu ne peut être révoqué sous prétexte d'une erreur de droit ; tel serait le cas où, après avoir avoué vous devoir une commission de 5 p. 100, parce que vous êtes resté *du croire* sans stipulation, je prétendrais n'avoir fait cet aveu que dans l'ignorance des usages du lieu où vous avez exécuté mon mandat.

Une autre conséquence du principe que l'aveu équipolle à un engagement, c'est qu'il faut, pour avouer, la même capacité que pour contracter. Inutilement, par exemple, un mineur qui n'aurait pas l'autorisation commerciale (art. 2 C. com.) avouerait-il avoir accepté votre commission, avec promesse de vous faire une avance de 10,000 fr. ; inhabile à contracter, il ne peut valablement avouer.

Enfin, un autre principe qui se lie à celui qu'on vient d'énoncer, c'est que, toutes les fois que la partie peut faire annuler une convention pour les causes susindiquées, ses créanciers peuvent aussi en provoquer l'annulation (art. 1166 C. civ.). Dans ces sortes de conventions, il n'existe jamais de droits ni d'actions exclusivement attachés à la personne, parce qu'il n'en est point dont l'exercice ne puisse être cédé.

225. — L'application de ces règles n'offre presque jamais de difficultés, et il doit s'en présenter bien moins souvent encore lorsque l'aveu a été pur et simple, comme dans l'espèce sur laquelle on a raisonné jusqu'à

présent. Mais il est fort rare qu'un aveu ne soit pas accompagné de quelques restrictions ou conditions ; alors, dans le droit commercial comme dans le droit civil, surgissent fréquemment des questions qui ne laissent pas que d'embarrasser le juge. C'est ici le lieu d'en commencer l'examen.

Jacques qui a confessé purement et simplement m'avoir donné le mandat oral de vendre ses marchandises, aurait pu ajouter, entre autres choses, par exemple, que, dès le lendemain, il avait aussi oralement révoqué ce mandat (*rebus integris*), ou qu'il ne me l'avait donné que sous la condition, non exécutée de ma part, de lui ouvrir, par anticipation sur le produit de la vente, un crédit de 30,000 réaux chez un banquier de Cadix ; qu'en tout cas, il ne devrait pas la commission de 5 p. 100 que je veux retenir comme *du croire* sans stipulation, parce que, avant ou depuis le mandat, il m'a prêté 3,000 fr. de la main à la main, etc.

Dépend-il du juge de diviser cette *déclaration* qui, dans notre droit, s'appelle un aveu, ou ne peut-il la prendre que dans son entier? Voilà une question, ou plutôt beaucoup de questions, sur lesquelles les débats sont loin d'être terminés.

226. — C'était un principe général dès avant le Code civil, que l'aveu ne devait pas être divisé. Pothier (1) l'atteste, sans y ajouter la moindre restriction ; mais beaucoup d'autres jurisconsultes n'admettaient le principe que sauf bon nombre d'exceptions qui peuvent ainsi se résumer :

(1) *Des oblig.*, n° 882.

Suivant eux, il était permis au juge de diviser la confession,

1° Quand l'article contesté de l'aveu se trouvait combattu par sa propre invraisemblance, ou par une présomption de droit;

2° Lorsqu'il y avait preuve déjà faite du mensonge de l'aveu, ou des indices graves du dol de l'avouant;

3° Quand il existait contre lui des commencements de preuves;

4° Lorsque l'aveu portait sur des faits, même connexes, ne se référant pas à une seule et même époque, et ne formant conséquemment pas ce que ces jurisconsultes appelaient *un acte continu.*

Certains docteurs admettaient indistinctement toutes ces exceptions; d'autres en rejetaient quelques-unes; à cela près, tous reconnaissaient le principe de l'indivisibilité, et une jurisprudence uniforme en faisait l'application. Un seul jurisconsulte, Berroyer (1), prétendait que l'aveu pouvait être divisé dans tous les cas possibles.

227. — Tel était l'état des choses lorsque l'art. 1356 du Code civil vint dire :

« L'aveu judiciaire est la déclaration que fait en jus-
« tice la partie ou son fondé de pouvoir spécial;

« Il fait pleine foi contre celui qui l'a fait;

« Il ne peut être divisé contre lui. »

. . . .

Cette disposition consacre-t-elle, d'une manière absolue, le principe de l'indivisibilité de l'aveu, ou bien laisse-t-elle subsister les anciennes distinctions et exceptions que l'on vient de rapporter?

(1) Avocat au parlement de Paris.

Commençons par mettre à part celles qui ne touchent réellement pas à l'indivisibilité, nous voulons dire le cas où il y aurait soit une preuve acquise, soit des indices graves du dol de l'avouant, et celui où son adversaire aurait en sa faveur un commencement de preuve par écrit.

Par exemple, après vous avoir payé 3,000 fr. que je vous devais, j'en ai adiré la quittance, et vous le saviez; depuis ce temps, je vous ai prêté 3,000 fr. de la main à la main, et, comme vous ne me les rendez pas, je vous fais assigner; vous avouez, en ajoutant toutefois que je vous dois une somme égale; mais j'ai de forts indices que vous m'avez soustrait ma quittance, et le juge m'admet à la preuve. Il n'y a point ici division de l'aveu. Ce que le juge fait, il est autorisé à le faire par l'art. 1353, qui admet non-seulement la preuve par témoins, mais même les présomptions morales en matière de dol. Notre cause aura donc été jugée par application de cet art. 1353, sans que le juge ait eu à examiner la portée de l'art. 1356 sur l'indivisibilité de la confession. Or il en est précisément de même lorsque j'ai un commencement de preuve par écrit de la créance que je vous réclame, puisque ce commencement de preuve autorise la preuve testimoniale (art. 1347) et que le juge peut se déterminer par des présomptions morales, toutes les fois que la preuve par témoins est admissible (art. 1353). Dans ces cas, on ne divise point l'aveu; mais on n'y a nul égard; on procède comme s'il n'y en avait pas.

228. — M. Merlin (1) et M. Toullier (2) s'accordent à penser que, malgré la précision et la clarté de son texte,

(1) *Additions aux questions de droit*, v° *Confession*.
(2) Tom. 10, n°s 260 et suiv.

l'art. 1356 souffre encore certaines exceptions. Mais lesquelles? C'est sur quoi ils ne sont pas d'accord.

« Lorsqu'une présomption de droit s'élève contre l'ar-« ticle contesté d'un aveu judiciaire, dit M. Merlin, le juge « se trouve placé entre deux preuves qui se balancent mu-« tuellement ; et, par là même, il est maître d'opter, d'a-« près sa conscience, pour celle des deux qui lui paraît la « plus conforme à la vérité. »

En second lieu, « obliger le juge à s'en tenir à l'article « contesté d'un aveu judiciaire, malgré l'invraisemblance « choquante dont cet article porte le caractère, ce serait « prêter à l'art. 1356 un sens absurde ; et, non-seule-« ment on ne doit pas supposer qu'une loi, quelque gé-« nérale qu'elle soit, n'excepte pas de sa disposition les « cas où elle dégénérerait en absurdité, mais ce serait « même la violer que de les y comprendre. »

M. Toullier n'examine point ces exceptions en détail ; mais voici sa doctrine, qui s'y adapte largement.

« Il est certain que par cette disposition (l'art. 1356), « l'indivisibilité de l'aveu est érigée en principe ; mais « faut-il en conclure que cette règle générale est tellement « rigide, qu'il ne soit plus aujourd'hui permis aux tribu-« naux d'admettre aucune des exceptions que peut exiger « l'équité?

« Cette conséquence serait dure. Les rédacteurs du « projet de Code présentèrent un titre préliminaire dans « lequel ils proposaient d'ériger en loi le brocard trivial « que « les exceptions qui ne sont pas dans la loi ne doi-« vent pas être suppléées. »

« Mais ce titre, qui contenait d'excellentes choses, fut « rejeté précisément parce qu'il contenait des règles trop « générales, règles toujours dangereuses et sujettes à des « exceptions.

« Il est donc certain que le brocard dont nous venons « de parler n'a point été érigé en loi, et dès lors un juge« ment ne pourrait être cassé uniquement parce qu'il au« rait admis à l'indivisibilité de l'aveu judiciaire une ex« ception suggérée par *l'équité et les circonstances*, quoi« que non contenue dans la loi, etc. »

229. — Que, dans un temps où le législateur n'avait encore rien statué sur l'effet de l'aveu judiciaire, quelques auteurs aient pu croire le juge autorisé à y admettre les exceptions que *les circonstances et l'équité* pourraient lui suggérer, ce qui emporte évidemment *un pouvoir discrétionnaire*, on le conçoit ; mais qu'il en soit encore ainsi, quoique le Code civil dise expressément que *l'aveu ne peut être divisé*, il nous répugne d'y souscrire, malgré la grande autorité du nom de M. Merlin et de celui de M. Toullier.

Nous pensons que leur doctrine est condamnée, non-seulement par le texte, mais aussi par l'esprit de la loi ; de plus, nous la croyons contraire aux principes du droit.

Quant au texte, rien de plus formel. On en convient, l'aveu *fait pleine foi contre celui qui l'a fait*, dit la loi ; mais elle ajoute : *il ne peut être divisé contre lui*. Voilà deux dispositions dont l'une est le corrélatif de l'autre. C'est comme s'il était dit : l'aveu ne fera foi qu'autant qu'on l'accepte tel qu'il est fait.

Après cela, qu'importe la raison unique que M. Toullier donne : à savoir qu'avec beaucoup d'excellentes choses, on ait rejeté le brocard que « les exceptions qui ne « sont pas dans la loi ne doivent pas être suppléées » ? C'est à la loi définitive, à la loi promulguée, qu'il faut s'en tenir. Sans cela il n'est plus rien de fixe, rien de certain, et les lois ne diront que ce que le juge voudra leur faire

dire. Si le brocard avait été rejeté spécialement à l'occasion de l'art. 1356, on concevrait l'objection, bien qu'elle ne fût pas décisive ; mais il n'en est pas ainsi. Par conséquent, si le brocard a été rejeté pour cet art. 1356, il l'a été pour les 2281 articles dont le Code civil se compose, et certes il en est fort peu d'aussi clairs que celui-là. Il n'y en aurait donc aucun, dans le système de M. Toullier, qui ne pût admettre des exceptions exigées par *l'équité et les circonstances.* Conçoit-on tout ce qu'aurait d'effrayant un tel arbitraire laissé aux tribunaux? Il a bien fallu le confier à leur honneur et à leur conscience, lorsque la loi est silencieuse, obscure ou insuffisante (art. 4 C. civ.). Mais qu'y a-t-il donc d'obscur dans une loi qui dit : *l'aveu ne pourra être divisé?* Que manque-t-il à ce texte pour présenter un sens complet? Au contraire, admettez les anciennes exceptions et distinctions qu'on prétend y sous-entendre encore, et l'on ne saura plus ce que l'article signifie. La loi sera une énigme pour les plus habiles, pour tous un piége. Elle serait donc injuste et mériterait cet anathème de Dumoulin : *Leges iniquæ maledicuntur à Spiritu sancto. Non sunt pejores laquei, quàm laquei legum.*

L'art. 4 du Code civil n'est lui-même qu'une concession faite à la nécessité ; mais, par cela même qu'il ordonne au juge de juger nonobstant le silence, l'obscurité ou l'insuffisance de la loi, il lui ôte tout pouvoir sur celles qui sont claires et précises. Si la loi pouvait tout prévoir, elle n'en vaudrait que mieux. *Optima lex,* dit Bacon, *quæ minimum judici relinquit ; optimus judex qui minimùm sibi.* Mais du moins faut-il respecter la loi dans les cas qu'elle a prévus et nettement décidés.

Ajoutons que l'opinion de M. Toullier est contraire à l'esprit de l'art. 1356. En effet, le principal but de la co-

dification des lois, c'est leur application uniforme, et c'est principalement pour la maintenir autant que possible dans les décisions judiciaires, que l'Assemblée constituante créa une Cour de cassation. Sans doute ne pense-t-on pas que les Cambacérès, les Portalis, les Treilhard, etc., ignoraient l'interminable controverse dont l'indivisibilité de l'aveu était l'objet? Eh bien! c'est évidemment, selon nous, pour couper court à cette controverse, qu'adoptant l'opinion de Pothier, ils écrivirent dans l'art. 1356 : *l'aveu ne peut être divisé.* En effet, comment croire que le législateur, avec la pensée qu'on lui prête, n'eût pas employé une de ces locutions dont il se sert pour faire entendre qu'une disposition de la loi est soumise à des exceptions tacites? L'aveu ne peut, *en général*, être divisé, etc. C'est ainsi qu'il se fût exprimé, comme il a dit dans l'art. 1119 : « On ne peut, *en général*, s'engager ni stipuler en son « propre nom que pour soi-même; » ou bien : « l'aveu « ne peut être divisé, *à moins* qu'il ne résulte des circon« stances, de l'équité, etc.; » comme la loi dit dans l'article 1122 : « On est censé avoir stipulé pour soi et pour « ses héritiers... *à moins* que le contraire... ne résulte de « la nature de la convention. » On voit que les rédacteurs du Code civil savaient très-bien marquer les cas où ils entendaient laisser au juge la faculté d'admettre des exceptions non exprimées. Il faut donc appliquer à l'art. 1356 la maxime : *Lex incautè non omisit; quod tacuit, noluit.*

Nous disons, en second lieu, que la doctrine du savant professeur est condamnée par ses propres principes; car il enseigne *qu'il n'est, au fond, nulle différence réelle entre le consentement et l'aveu, et que l'un s'identifie avec l'autre.* Mais s'il y a quelque chose de certain en jurisprudence, c'est que le juge n'a pas le pouvoir d'apporter le moindre changement, la plus légère modification au con-

sentement des parties. *Per rerum naturam*, ou le consentement est indivisible, ou il n'y a point de consentement. Quand je confesse avoir reçu 3,000 fr. de vous, en ajoutant que vous me devez pareille somme pour un diamant que je vous ai vendu deux ans plus tard, quoique le fait ne soit pas *continu*, et quelque invraisemblable qu'il puisse paraître, il faut l'accepter ou ne pas accepter mon aveu, parce qu'il est la condition sous laquelle je consens et que, si vous n'acceptez pas la condition, je suis libre de retirer l'aveu. Certes ce que je dis ne prouvera pas en ma faveur que je vous ai vendu un diamant 3,000 fr.; mais c'est à prendre ou à laisser, je ne vous fais aucun tort; si vous rejetez cette partie de mon aveu, il en résultera que vous serez sans preuve, et moi aussi; nous nous trouvons au même point qu'avant le procès, de même qu'il n'y aurait pas eu de contrat si, dans nos pourparlers préliminaires, vous n'eussiez pas voulu accepter une condition que j'apposais à mon engagement.

230. — Quant à M. Merlin, il ne fait nul état du brocard sur le rejet duquel M. Toullier fonde son système. Mais voici le sien :

Avouer avoir, par votre mandat oral, vendu votre pacotille et soutenir en même temps vous en avoir compté le prix en réglant de la main à la main, serait un cas exceptionnel où, selon M. Merlin, on pourrait diviser l'aveu; car, en confessant le mandat, on se reconnaît comptable : or, il y a présomption de droit que tout comptable est débiteur, tant qu'il ne justifie pas d'un compte rendu. Mais, comme vous n'avez la preuve du mandat que par l'aveu qui en est fait, l'avouant, qui affirme avoir payé, a aussi en sa faveur une présomption *juris* de libération, car il ne passe l'aveu qu'à condition que le payement soit

reconnu. Or dans ce conflit de présomptions *qui se balancent mutuellement*, dit M. Merlin, le juge est en droit d'opter ; il peut donc diviser l'aveu.

Ceci est une erreur ; car, de deux présomptions qui s'équilibrent exactement, il ne peut naître qu'un doute complet. Or, dans le doute, la faveur de la libération l'emporte. C'est tout à la fois un principe de droit et d'équité : *in pari causâ, potior solutio.* Il n'y a donc pas lieu, dans l'espèce, à diviser l'aveu.

Un autre cas exceptionnel admis par M. Merlin, c'est lorsque la partie de l'aveu contestée est d'une invraisemblance qui dégénérerait en absurdité.

Au soutien de cette doctrine l'auteur rappelle un arrêt rendu sur ses conclusions par la Cour suprême, le 3 thermidor an IX, rapporté dans ses *Questions de droit*, v° *Déclaration de command*, § 2, où il est dit en effet que : « c'est violer ouvertement la loi que de lui supposer un « sens évidemment impraticable en plusieurs cas, et dé- « tourné de son sujet, lorsqu'elle en comporte un autre « dont l'application est naturelle, etc. »

Mais de quoi s'agissait-il dans cet arrêt? De savoir si c'est à la régie de l'enregistrement ou au command élu que devait être faite la notification prescrite par la loi du 22 frimaire an VII. On avait jugé que c'était au command élu, et le célèbre procureur général disait, avec raison, que c'est une absurdité; car, ajoutait-il, « si c'était au « command élu que dût se faire la notification, il serait « souvent impossible de l'effectuer dans les vingt-quatre « heures du contrat. En effet, il arrive très-fréquemment « que l'acquéreur primitif déclare pour command une « personne qui est à cinquante, à cent, à mille lieues de « l'endroit où se passe la déclaration. Il est évident qu'il « y aurait impossibilité physique, etc... »

Cela est incontestable ; mais quel rapport peut avoir l'arrêt cité avec l'art. 1356, avec l'espèce d'un aveu ?

Ce n'est point en vertu de son consentement que l'acquéreur était tenu de notifier sa déclaration à la régie dans les vingt-quatre heures, mais en vertu de la loi, qui lui en imposait l'obligation, ce qui n'a jamais lieu dans l'espèce d'un aveu, que l'avouant est libre de faire comme il lui plaît.

Les choses physiquement impossibles ne peuvent pas plus être la cause d'une libération ou l'objet d'une compensation, que la cause d'une obligation ou l'objet d'une convention sérieuse. Si donc en avouant que vous m'avez prêté mille écus j'ajoute que, depuis ce prêt, je vous ai vendu pour pareille somme, que vous ne m'avez pas payée, *v. g.*, un sphinx ou un centaure, il est évident qu'il n'y a pas lieu à division de l'aveu ; car la vérité de ma seconde assertion étant d'une impossibilité absolue, le juge la regardera comme n'existant pas ou comme n'étant qu'un jeu, et alors il ne reste plus que ma reconnaissance d'avoir reçu les mille écus, au payement desquels je dois être condamné ; mais si le fait que j'affirme n'est qu'invraisemblable, mon aveu ne doit pas être divisé, parce que ce fait peut être vrai, malgré son invraisemblance ; et, pourvu qu'il n'ait rien de contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public, j'ai pu en faire la condition de cet aveu, ou, ce qui, dans le système de M. Toullier, est la même chose, de mon consentement ; d'ailleurs, tel fait est invraisemblable pour l'un qui peut paraître très-vraisemblable, présumable même à un autre. Or on ne peut, sans blesser les premiers principes du droit, livrer le consentement des parties à l'arbitraire du juge.

M. Merlin n'a garde de réclamer pour l'équité les concessions que lui fait M. Toullier. Ce serait en effet la

subversion totale de l'art. 1356. Le droit commercial est assurément bien plus intéressé que le droit civil aux prérogatives de l'équité ; mais ce n'est jamais en rien de ce qui ne dépend que du consentement et de la libre volonté qui seule peut le produire. Loin de là, il n'est, dans le droit civil, aucun contrat dont toutes les stipulations doivent être plus religieusement maintenues par les tribunaux que celles des contrats du commerce, particulièrement du contrat de commission. Le principe est fondamental, et l'application s'en retrouve à tout moment dans la partie de cet ouvrage où il est traité des obligations en général.

En résumé : lorsque la partie libératoire d'un aveu est infectée de dol, ou qu'il existe contre l'avouant un commencement de preuve par écrit de son obligation, le juge qui le condamne ne divise pas l'aveu ; il exécute la loi, qui lui permet expressément, dans ces cas, de se décider par des circonstances morales. Sous ce double rapport, les exceptions introduites par les docteurs au principe d'indivisibilité sont donc chimériques et complétement inutiles.

Quand il existe deux présomptions de droit, l'une pour l'obligation, l'autre pour la libération, celle-ci doit incontestablement obtenir la préférence ; et ce n'est pas encore là diviser l'aveu, c'est exécuter l'art. 1315 du Code civil, portant : « Celui qui réclame l'exécution d'une obligation « doit la prouver » (1).

Si celui qui avoue son obligation n'allègue, pour s'en prétendre libéré, qu'un fait physiquement impossible, on le condamne encore, sans avoir que faire de diviser son aveu, étant d'évidence qu'un fait impossible en soi ne sau-

(1) Favorabiliores rei potiùs, quam actores habentur. L. 125, D., *reg. jur.*

rait produire ni obligation, ni libération, ni aucun effet quelconque.

Enfin, admettre, comme M. Toullier, des exceptions *suggérées par l'équité et les circonstances*, c'est ériger l'arbitraire en principe. Cent fois mieux aurait valu ne pas écrire l'art. 1356.

231. — Peu de temps après l'émission du Code civil, l'aveu extrajudiciaire devint l'objet d'une controverse spéciale. Quelques auteurs prétendirent que la loi, n'ayant point expressément consacré le principe de l'indivisibilité quant à cet aveu, le juge était toujours libre de le diviser. C'était une erreur qui n'a plus aucun crédit. Nul ne conteste aujourd'hui que le principe de l'indivisibilité ne s'applique à l'aveu fait hors jugement, comme à l'aveu fait en justice. Il n'est de différence que dans le degré de foi qu'ils méritent.

Quand je suis interpellé par le juge ou en sa présence sur la vérité d'un fait, ce fait étant précisé, je réponds en pleine connaissance de cause, et ne puis me plaindre qu'on prenne droit de mon aveu. Mais l'aveu extrajudiciaire peut facilement être le fruit de l'erreur ou de l'irréflexion. Qu'on le suppose écrit ou oral, il est exprimé ou à des tiers, ou à la partie elle-même, et se rapporte tantôt directement, tantôt indirectement, à l'obligation dont on recherche la vérité. Or, dans ces diverses hypothèses, l'appréciation de ce qui est avoué offre presque toujours des embarras dont ne se complique pas la confession en justice. Par exemple, l'aveu consigné dans une lettre que j'ai écrite à ma partie adverse, a plus de force que si je l'eusse adressée à un tiers, et plus de force encore lorsque le fait en contestation est l'objet principal de ma lettre, que quand je n'en parle qu'incidemment, à l'occasion de

quelque autre chose, ou, comme le dit Casarégis (Disc. 30, n° 13), *redundanter, inconsideratè*. Pierre vient me prier de lui prêter 3,000 fr. J'en ai bien du regret, lui dis-je; mais, sous trois jours, il me faut payer à Jacques 6,000 fr. que je lui dois. Informé de ce que j'ai dit à Pierre, Jacques m'assigne en payement des 6,000 fr., et voici ma réponse : Je ne voulais ni prêter à Pierre, dont la solvabilité ne m'inspirait pas de confiance, ni lui faire ouvertement un refus, dont son amour-propre eût eu à souffrir; je l'ai payé d'une défaite. Dans cette hypothèse et mille autres semblables, le juge décidera selon sa conscience, et toujours, s'il y a doute, en faveur de la libération.

232. — Mais pour ceux qui admettent des exceptions sous-entendues dans l'art. 1356, le cas le plus embarrassant est celui où, tout en avouant mon obligation envers Jacques, dans une lettre que je lui écris, je me prétends aussi son créancier pour des causes antérieures ou postérieures à cette obligation, et qui y sont absolument étrangères. Alors les deux parties de l'aveu ne formant pas un tout connexe, comme lorsque je dis vous avoir dû et vous avoir payé, et ne se rapportant pas non plus à une même époque, c'est-à-dire, ne formant pas *un fait continu*, comme disent les docteurs, y a-t-il lieu à diviser l'aveu? Oui, dit M. Toullier, non, dit M. Merlin, et ce qu'il y a de plus étrange, c'est que tous deux se fondent sur la même loi romaine, la loi 26, § 2, D. *depositi vel contrà*. En voici le texte :

« Titius Semproniis salutem : Habere me à vobis auri pondo plus minus decem, et discos duos, saccum signatum, ex quibus debetis mihi decem, quos apud Titium deposuistis : item quos Trophimati decem : item ex ratione patris vestri decem, et quod excurrit : quæro an ex hujus-

modi scripturâ aliqua obligatio nata sit, scilicet quod ad solam pecuniæ causam attinet? Respondit, ex epistolâ de quâ quæritur obligationem quidem nullam natam videri, sed probationem depositarum rerum impleri posse. An autem is quoque qui deberi sibi cavit in eâdem epistolâ decem, probare possit hoc quod scripsit, judicem æstimaturum. »

Il y a dans cette loi plusieurs ellipses qui peuvent en rendre l'intelligence difficile pour quelques personnes. Essayons de rétablir ces ellipses.

(Vous saurez que) j'ai à vous dix livres d'or (1), plus ou moins (environ), deux plats, un sac (d'argent) cacheté; sur quoi vous me devez dix livres (que je vous ai prêtées [2]) et que vous avez déposées chez (un autre) Titius : de plus, dix (que je vous ai aussi prêtées, et que vous avez remises) à Trophimate : de plus, dix autres par

(1) 120 onces.

(2) Il faut bien, dans l'entente de Titius, qu'il ait prêté ces dix, ou qu'il en soit créancier à quelque autre titre; sans cela, à moins qu'il ne soit un fripon éhonté, il ne peut lui venir à l'esprit d'écrire aux Sempronius eux-mêmes qu'ils lui doivent cette somme.

Il n'y a pas à s'étonner qu'en rapport d'affaires avec les Sempronius comme il l'avait été avec leur père, Titius leur écrive aussi laconiquement, sans exprimer les causes pour lesquelles ces dix livres lui sont dues ainsi que les dix remises à Trophimate, il est naturel qu'il les leur suppose connues; mais il leur rappelle l'emploi qu'ils ont fait des fonds, *quos apud Titium deposuistis... quos Trophimati...* et, entre eux, cela suffisait. De nos jours les choses se passent encore ainsi entre négociants. Il suffit de voir un de leurs comptes : *v. g.*, doivent... savons fr. 10,000. — Votre traite sur J....., fr. 5,000. — Remis à B....., fr. 3,000. Les causes de ces indications sont autant d'énigmes pour ceux qu'elles n'intéressent pas; mais ces causes sont bien connues de celui à qui on remet le compte; s'il les a oubliées, ses livres le lui diront. A Rome, chaque citoyen avait un registre sur lequel il inscrivait ses dettes actives et passives.

résultat de mon compte avec (feu) votre père, et quelques deniers de plus; *quod excurrit.*

Est-il né de cette lettre quelque obligation en ce qui ne regarde que les choses, *pecuniam* (1), (dont Titius s'avoue dépositaire, et celles dont il se porte créancier)?

Paul répond : Aucune obligation n'est née de la lettre sur laquelle on me consulte; mais elle peut devenir preuve complète des choses déposées (2).

Quant à celui qui, dans la même lettre, a voulu se constituer une créance de dix, le juge examinera s'il peut prouver ce qu'il a écrit.

Voici maintenant, selon M. Toullier, ce que cette loi signifie.

Titius se reconnaît débiteur envers les Sempronius; mais, *pour se faire un titre à lui-même*, il ajoute qu'ils lui doivent différentes sommes. « On ne peut appliquer à « cette espèce l'indivisibilité de l'aveu. Cette addition « n'est point un aveu; c'est une allégation qui, n'étant « point acceptée ni reconnue par les Sempronius, ne « peut former une obligation contre eux, dit fort bien le

(1) Cette expression était la seule juste, car *pecunia* signifie non-seulement l'or et l'argent monnayés, mais encore tout ce qui a de la valeur, tout ce dont la fortune se compose, et, parmi les choses déposées, se trouvait aussi de la vaisselle (*discos duos*).

(2) On ne tient pas compte du mot *videri*. C'est une expression que les jurisconsultes romains employaient souvent par modestie, comme les nôtres disent aujourd'hui : le conseil *estime*, etc.

En traduisant la loi, nous avons suivi la leçon de Cujas, néanmoins avec le regret qu'il n'ait pas expliqué pourquoi Paul dit que Titius veut se constituer créancier de dix (*qui deberi sibi cavit decem*); tandis qu'au fait il en réclame *trente;* car les deux *item* pourraient aussi bien se rapporter à *habere* qu'à *debetis.* Après tout, ces détails sont, au fond, très-indifférents. Il suffit que Titius prétende qu'il lui est dû quelque chose.

« jurisconsulte Paul : *respondit obligationem nullam na-
« tam videri.* Cela est évident. Mais cette addition forme-
« t-elle du moins une preuve de la créance alléguée par
« Titius ? C'est, dit encore Paul, ce que le juge seul peut
« décider, *judicem æstimaturum*, parce qu'en effet les
« circonstances seules peuvent éclairer sur ce point. »
(T. 10, n° 339.)

Suivant M. Merlin, M. Toullier *se trompe étrangement dans l'exposé qu'il fait du contenu de cette loi.* Dans sa première partie, dit l'auteur des *Questions de droit* (1), le jurisconsulte Paul ne s'occupe en aucune manière de ce que Titius prétend lui être dû, mais uniquement des choses qu'il avoue avoir en dépôt, et c'est par rapport à la partie seule de la même lettre où il est parlé de ces choses, que la loi dit qu'aucune obligation ne paraît en être née,
« parce que le dépôt étant un contrat réel, un de ces con-
« trats qui *re et traditione perficiuntur*, il ne peut pas se
« former par une simple reconnaissance, parce que la re-
« connaissance du dépositaire peut bien prouver, lors-
« qu'elle est pure et simple, que le dépôt a eu lieu, mais
« non pas le constituer.

« Ensuite, continue M. Merlin, le jurisconsulte Paul ne
« dit pas que la reconnaissance contenue dans la lettre de
« Titius prouvera en effet que le dépôt a eu lieu ; il dit
« seulement qu'il en résulte un commencement de preuve,
« et que les Sempronius peuvent s'en aider pour complé-
« ter la preuve dont ils ont besoin ; *sed probationem re-
« rum depositarum impleri posse.* »

Maintenant, pourquoi, selon M. Merlin, la reconnaissance du dépôt n'est-elle qu'un commencement de preuve? « Il n'en peut exister qu'une raison, dit-il : c'est

(1) *Additions aux Questions de droit*, v° *Confession*, § 2.

« qu'à la reconnaissance qu'elle (la lettre) contient de ce « dépôt, est mêlée une allégation par laquelle Titius se « déclare lui-même créancier des Sempronius.

« Mais dès lors, poursuit le célèbre procureur général, « comment a-t-on pu conclure de cette loi qu'un aveu « portant sur deux faits non connexes, mais dont l'un ser- « vait de défense à l'autre, était divisible? Comment n'a- « t-on pas senti que c'était précisément tout le contraire « que l'on devait en inférer ?

« En effet, si la partie de la lettre par laquelle Titius se « reconnaît débiteur des Sempronius à titre de dépôt, « pouvait être séparée de la partie de la même lettre par « laquelle Titius se porte leur créancier, les Sempronius « n'auraient pas besoin de preuve ultérieure pour faire « condamner Titius; cependant la loi décide qu'une « preuve ultérieure leur est nécessaire. Elle décide donc « que cet aveu ne peut être divisé. »

233. — La conséquence que M. Toullier déduit de la loi de Paul est la seule admissible (bien entendu dans le droit romain), car il n'en résulte certainement pas l'indivisibilité de l'aveu, comme le soutient M. Merlin ; ce serait plutôt le contraire.

On demande au jurisconsulte s'il est né de la lettre quelque obligation, soit au profit des Sempronius, quant aux choses que Titius reconnaît leur devoir, soit à son profit, quant aux choses qu'il écrivait lui être dues. Le texte est formel à cet égard, et Cujas (1) le dit expressément : *Quæritur an ex eâ epistolâ aliqua obligatio nata sit, quasi et pecuniæ debitæ et quasitæ L. Titio vel Semproniis.* Et le jurisconsulte Paul fait tout d'abord une réponse né-

(1) *Comment.* liv. 4. *Respons.* Julii Pauli, t. 3, p. 23, col. 1.

gative qui s'applique également à l'une et à l'autre question : *Ex epistolâ de quâ quæritur*, dit-il, *obligationem quidem nullam natam videri. Et respondet*, dit Cujas, *obligationem quidem ex epistolâ nullam nasci.* M. Toullier a donc raison de dire que la loi décide que l'allégation de Titius d'être créancier des Sempronius, *ne peut former aucune obligation contre eux*, et c'est M. Merlin lui-même qui se trompe étrangement dans l'exposé qu'il fait du contenu de cette loi.

Mais, comme les décisions que Paul va donner ensuite, ne seront plus les mêmes pour les choses déposées, et pour les sommes que Titius allègue lui être dues, le jurisconsulte s'en occupe séparément, et ce n'est qu'alors, quoi qu'en dise M. Merlin, que la distinction commence.

Ainsi, après avoir décidé que la lettre n'est une cause d'obligation ni d'un côté, ni de l'autre, abordant ce qui concerne le dépôt, Paul ajoute, non pas ainsi que le lui fait dire M. Merlin, que la lettre *n'est qu'un commencement de preuve, et que les Sempronius peuvent s'en aider pour compléter la preuve dont ils ont besoin*, comme si l'on eût connu à Rome les commencements de preuve par écrit; mais que cette lettre elle-même pourra être une preuve complète des choses déposées : *Ex hâc epistolâ probationem depositarum rerum impleri posse*. Et pourquoi cette locution dubitative *pourra?* Parce qu'en effet la lettre ne sera une preuve certaine du dépôt, que quand il sera certain aussi que Titius ne dénie pas l'écriture qu'on lui attribue, ou ne prétend pas avoir avoué, *v. g.*, par erreur, et c'est ce que Paul ne pouvait savoir dans son cabinet. Mais si, devant Paul, juge, Titius n'eût rien désavoué de ce qu'il avait écrit, il n'aurait pas été question de compléter une telle preuve; rien n'y eût manqué, et pourtant la réponse de Paul n'en serait pas

moins juste, même après le jugement, parce que ce n'est pas la lettre qui aurait constitué le dépôt; elle n'en eût été que la preuve. C'est ce que Fabre (1) exprime nettement en ces mots : *Obligatio quidem depositi nulla per epistolam contrahi potest, sed tamen probatio rerum depositarum per epistolam commodè impleri potest... Sufficit fidem constare epistolæ, etc.;* il suffit que la vérité de la la lettre ne soit pas révoquée en doute. Cela est très-différent *du commencement de preuve* dont M. Merlin se préoccupe.

Après en avoir fini avec les choses déposées, la loi s'occupe des créances réclamées par Titius; et que répond le jurisconsulte? Parle-t-il du *mélange* imaginé par M. Merlin? Il n'a garde : *an autem is quoque qui deberi sibi cavit in eâdem epistolâ decem, probare possit hoc quod scripsit, judicem æstimaturum.* Voilà sa réponse, laquelle veut dire : quant à celui qui, dans la même lettre, a voulu se constituer une créance de dix, est-il capable de prouver ce qu'il a écrit (autrement que parce qu'il l'a écrit)? C'est ce que le juge examinera. *Ac præterea,* dit Cujas (*ubi sup.*), *non ideò L. Titio debere Sempronios quæ L. Titius sibi deberi scripsit,* quod ità adscripserit; *sed ita demùm* si judici L. Titius probaverit causam obligationis *ex quâ sibi eas summas Sempronii debeant,* et non aliter.

Ainsi, au jugement de Cujas, ce que Titius avait écrit de ses prétendues créances ne formait pas le plus léger adminicule en sa faveur. Les Sempronius devront si Titius prouve au juge la cause de leur obligation; sinon, non, *non aliter.*

A son tour, M. Toullier serait donc en droit de deman-

(1) Ant. Faber, in Dig. L. 26, *depositi.*

der à M. Merlin comment celui-ci a pu conclure d'une telle loi à l'indivisibilité de l'aveu. Mais où M. Toullier se trompe, c'est lorsqu'il fait dire à Paul que le juge *peut décider si cette addition* (l'allégation de Titius) *forme du moins une preuve de la créance alléguée.* Ce n'est pas là ce que veulent dire ces mots : *judicem æstimaturum;* ils signifient que le juge verra, dans sa sagesse (*causâ auditâ*), si Titius, abstraction faite de sa lettre, peut prouver ce qu'il a écrit dans cette lettre, *v. g.*, soit par titre, soit par témoins. Les textes cités de Cujas et de Faber ne laissent aucun doute à cet égard. Cependant, la conséquence que le savant professeur tire de la loi de Paul n'en est pas moins la seule qui en résulterait si elle était applicable à notre législation, quoiqu'il n'ait pas bien saisi les prémisses de cette conséquence.

234. — Mais cette loi, dont M. Merlin et M. Toullier argumentent en sens inverse, chacun à l'appui de son système, n'est pas dans l'espèce d'un aveu, tel que nous l'entendons en France. Aussi n'y a-t-il pas un seul mot au titre *de confessis* ni ailleurs, dans le droit romain, qui éveille seulement l'idée de la divisibilité ou de l'indivisibilité de la confession. La grande règle, dans ce droit, est celle-ci : *confessus pro judicato habetur.* Avouez-vous, vous êtes jugé ; si vous alléguez, prouvez (1).

Nous ne dirons donc pas que, chez les Romains, l'aveu était toujours divisible ; ce serait mal nous exprimer. La logique de leur droit était trop sévère pour leur permettre d'entendre dans le sens d'un aveu ce discours de Ti-

(1) M. Merlin établit très-bien (*ubi sup.*) qu'à Rome les lettres faisaient preuve, et Cujas, d'après Paul, le dit aussi, t. 2, p. 801, col. 1, in lib. LVI *Pauli ad edictum.*

tius : *J'avoue que les Sempronius me doivent dix*; mais nous dirons qu'ils n'avaient nul égard à de pareilles allégations. A Rome on pouvait bien, par son aveu, créer une obligation contre soi, mais jamais s'en créer une, ni même le germe d'aucune contre personne, par ses propres et seules assertions. On lit bien dans Pothier (*des Oblig.*, n° 799) : *Si quis confessionem adversarii allegat, vel depositionem testis, dictum cum suâ qauntitate approbare tenetur*; mais c'est Bruneman (1) qui le dit, et non la loi 28, D. *de pactis*, dont il s'est fait le commentateur. Loin de là, les textes abondent pour protester contre cette doctrine, en tant qu'appliquée au droit romain (2).

Mais, dans nos lois, l'équité l'emporte le plus souvent sur la rigueur du droit. Les auteurs du Code civil savaient fort bien que leur art. 1356 ne se fondait pas sur une logique sans reproche ; aussi ont-ils imposé au juge une définition dont il ne peut s'écarter. L'aveu, ont-ils dit, est *une déclaration*. Or une déclaration se compose de toutes ses parties. Voilà, chez nous, le fondement de l'indivisibilité qui, elle-même, a sa source dans l'équité naturelle; car, puisqu'en ne prenant pas une preuve de mon obligation, vous avez suivi ma foi, pourquoi le juge ne s'y rapporterait-il pas lui-même, lorsque surtout la loi vous vient en aide, si vous pouvez prouver que j'en impose. Diviser mon aveu, c'est évidemment me présumer malhonnête

(1) Jean, professeur de droit à Francfort-sur-l'Oder, mort en 1672.

(2) Exemplo perniciosum est ut ei credatur scripturæ quâ unusquisque sibi adnotatione propriâ, debitorem alium constituit. L. 5. C. *de probat.*

Credendum est quia sibi imputare debet qui se proprio testimonio condemnaverit. L. 13. C. *de num. pecun.*

.....Tot enim res et epistolæ esse videntur, quot in epistolâ sunt capita. L. 290 *de verb. oblig.*

homme. Or, la faute ne se présume pas ; l'équité l'avait dit avant tous les codes.

La déclaration que le Code civil nomme *aveu* est donc indivisible ; et quand on voit des jurisconsultes tels que M. Toullier et M. Merlin ne pouvoir s'accorder sur les exceptions à sous-entendre, suivant eux, dans l'art. 1356, n'est-ce pas la meilleure preuve possible qu'il faut accepter tel qu'il est ce texte si clair, dont l'objet fut précisément de faire cesser toutes ces controverses?

235. — Restent quelques observations : la première, c'est que, l'aveu emportant obligation, la preuve par témoins n'en est admissible, en droit civil, que dans les cas où la loi l'autorise (1341, 1355 C. civ.) ; tandis que, dans le droit commercial, cette preuve peut en général être admise, à quelque somme ou valeur que s'élève l'objet de l'aveu.

En second lieu, si, interpellé par le juge ou devant le juge, sur quelque fait grave relatif à la partie contestée de son aveu, l'avouant garde le silence, il élève contre lui une présomption de dol qui autorise à considérer comme non avenu ce qu'il avait allégué en sa faveur : *Lis ei æstimabitur ut victo et confesso.* C'est par suite du même principe que, devant un tribunal de commerce, « si la partie aux livres de laquelle on (sa partie adverse) « offre d'ajouter foi, refuse de les représenter, le juge « peut déférer le serment à l'autre partie » (art. 17 C. com.). Mais, comme on le voit, le résultat des livres doit être pris dans son entier (pourvu qu'ils soient régulièrement tenus), ce qui revient précisément à l'indivisibilité de l'aveu.

En troisième lieu, lorsque l'aveu a été fait devant un juge incompétent, il faut distinguer. Si l'incompétence

n'était que *ratione personæ,* l'aveu est judiciaire, parce que l'avouant a reconnu la compétence du juge, et qu'il était en son pouvoir de la reconnaître. Mais si l'aveu a été fait devant un juge incompétent *ratione materiæ*, qui prononce ensuite son incompétence, il n'est plus qu'un aveu extrajudiciaire, et doit en suivre les règles.

Enfin l'aveu est judiciaire lorsqu'il est fait devant des arbitres, qui ont reçu du juge la mission d'entendre et de concilier les parties, encore bien qu'elles ne se soient pas conciliées.

---

§ X

DU SERMENT.

SOMMAIRE.

236. Origine du serment; celui d'Abraham est le plus ancien que l'on connaisse; pratique du serment dans le paganisme.

237. Définition du serment par M. Toullier; deux choses sont de son essence : la croyance en Dieu, et l'imprécation conditionnelle contre soi-même; en général le serment est un vain mot pour qui n'a pas une croyance religieuse.

238. Divers rapports sous lesquels le serment peut être envisagé; serment des jurés, des témoins; serment politique, et explication qui en a été donnée en 1830; on ne traite dans ce paragraphe que du serment touchant les intérêts privés, principalement commerciaux, et débattus en justice réglée; quand on a recours au serment; le droit commercial, comme le droit civil, reconnaît deux sortes de serment : le serment décisoire et le serment déféré d'office.

DU SERMENT DÉCISOIRE.

239. Pour déférer et accepter le serment décisoire, il faut être capable de contracter commercialement et de transiger; il faut aussi que le fait sur lequel le serment est de déféré soit *personnel* à celui auquel on le défère ; explication du

mot *personnel*; exemple d'un cas où le fait est personnel à une personne sans lui être propre.

240. Le serment décisoire se réduit à constituer une partie juge dans sa propre cause; il peut avoir lieu, non-seulement quand il n'existe aucune preuve de l'obligation, mais encore quand à la demande on oppose une preuve légalement régulière.

241. Le serment décisoire peut être déféré soit sur le litige tout entier, soit sur un point utile à la décision du procès; exemple; il peut être déféré en tout état de cause, en appel, en première instance, sur le principal, les incidents, pourvu qu'il n'y ait pas chose jugée.

242. Outre le cas de la chose jugée, il est encore quelques exceptions fondées soit sur ce que la loi refuse toute action ou prononce une déchéance, soit sur la nature des choses, soit sur la prescription; exemples pour ces divers cas exceptionnels.

243. Dans le commerce, le serment décisoire peut presque toujours être déféré sur ce qui s'est passé ou dit avant, lors ou depuis le contrat formé; exemple; mais il ne peut l'être à la veuve, aux héritiers ou ayants cause de l'un des contractants.

244. Si, une commission ayant été exécutée dans le nom du commettant, le tiers qui a vendu, *v. g.*, des vins, prétend qu'on les lui a achetés 400 fr., tandis que le commettant ne veut les payer que 350 fr., à qui, du commettant ou du commissionnaire, le serment peut-il être déféré?

245. Dans une société où tous les membres gèrent concurremment, un seul d'entre eux est tenu de jurer; son serment ou son refus profite ou nuit à ses coassociés; M. Pardessus enseigne à tort que, dans l'espèce d'un interrogatoire sur faits et articles, tous les associés gérants peuvent être interrogés.

246. Dans l'espèce d'un débiteur failli, le serment ne peut lui être déféré, même sur un fait consommé avant les dix jours qui ont précédé la faillite; le syndic seulement peut être interrogé pour savoir s'il n'a pas connaissance du fait, connaissance acquise depuis le syndicat formé.

247. Le serment ayant pour but de terminer un litige doit être

déféré sans réserves, sans conditions aucunes; s'il réunit ces qualités, le juge ne peut en empêcher la délation; mais il lui appartient de décider si elles existent.

248. On ne fait point, par procureur, un serment décisoire; il doit être prêté en personne, en présence de la partie adverse, ou elle dûment appelée; le juge, après lecture de la formule, peut se borner à exiger qu'on dise en levant la main : *Je le jure;* mais il peut aussi exiger que l'on prononce toute la formule; on doit jurer avec franchise et vérité; passage de saint Isidore; chacun prête le serment suivant le rite de son culte.

249. Les auteurs enseignent, en général, que le serment peut être considéré comme ayant été outré, suivant les circonstances, lorsque la partie qui doit le prêter décède avant la prestation; c'est une doctrine contraire aux principes du droit et qui peut blesser l'équité.

250. Les effets du serment varient suivant qu'on le refuse, qu'on le réfère, ou qu'on le prête; examen de chacune de ces hypothèses.

251. Celui qui refuse d'outrer le serment se condamne lui-même; observation sur la maxime : *manifestæ turpitudinis est nolle jurare, nec jusjurandum referre.*

252. Celui auquel le serment est référé dans les cas où il peut l'être, est tenu de jurer, sans quoi il perd le procès; cette relation est une véritable délation, et ce qui a été dit du serment déféré s'applique au serment référé.

253. Déféré ou référé, le serment tient lieu de la vérité même; il opère, dans le système de la loi, une présomption *juris et de jure;* on ne peut revenir contre, à moins que la partie qui l'a prêté n'ait, par dol, amené l'autre partie à le lui déférer; la fausseté du serment prêté avec connaissance ne peut, malgré le sentiment contraire de Voët et de M. Duranton, fonder une action en dommages-intérêts.

254. Le serment déféré ou référé ne fait foi que du seul fait juré, et n'a d'effet qu'entre les parti s contendantes; exception à cette règle; disposition de l'art. 1365 du Code civil.

prier les captifs, lui en offrait les dépouilles : Depuis le moindre fil de la trame de leurs vêtements, jusqu'à une courroie de chaussure, je n'accepterai rien de ce qui est à vous, afin que vous ne puissiez dire avoir enrichi Abram (1). J'en lève la main devant le Seigneur, le Dieu Très-Haut, possesseur du ciel et de la terre : *Levo manum meam ad Dominum Deum excelsum, possessorem cœli et terræ, quòd à filo subtegminis usque ad corrigiam caligæ, non accipiam ea quæ tua sunt, ne dicas, ego ditavi Abram* (*Genesis*, cap. 14.) Voilà le plus ancien serment dont la mémoire nous ait été transmise. On sait que le paganisme ne tarda pas à se répandre; mais, s'il a pu obscurcir la connaissance du vrai Dieu, il ne put jamais entièrement l'effacer; et, lorsque, plongés dans les plus absurdes superstitions, les peuples juraient par Jupiter ou toute autre divinité chimérique, le Dieu d'Abraham vivait encore confusément dans leurs souvenirs, et c'est à sa vengeance toute-puissante qu'ils pensaient dévouer les traîtres et les parjures. Jamais nation ne fut assez grossière pour ne pas savoir qu'il doit exister un Dieu, eût-elle ignoré quel il doit être : *Gens nulla est tam fera quæ non sciat Deum esse habendum, etiamsi ignoret qualem esse deceat* (Cic., *de legib.*, 11, 24). Qu'on ne s'étonne donc pas de retrouver partout la pratique du serment. Il est antérieur à toutes les législations ; celles-ci n'ont fait qu'en avouer l'usage et le réglementer. On peut voir dans Montesquieu (liv. 3, chap. 13) quelle fut parmi les Romains la force de cet acte solennel qu'ils tenaient pour sacré, *religio jurisjurandi*; et Diodore de Sicile (liv. 1, p. 87,

(1) Ce patriarche, avant de quitter Mambré où il habitait à l'époque du fait dont il s'agit ici, eut une vision dans laquelle Dieu lui apparut et changea son nom d'*Abram* en celui d'*Abraham*.

90) rapporte que, chez les Égyptiens, les parjures étaient punis de mort, comme coupables d'impiété envers les Dieux, et d'un grand crime envers les hommes : *Apud Ægyptios perjuri capite mulctabantur, ut qui pietatem in Deos violarent, et fidem inter homines tollerent, maximum vinculum societatis humanæ.* C'est qu'en effet la justice et la paix publique n'auraient pas de garantie plus sûre que le serment, si tous étaient pénétrés des obligations qu'il impose, et de la certitude des châtiments qui en attendent la violation.

237. — « Le serment, dit M. Toullier (t. 10, n° 363), « est un acte religieux où celui qui jure invoque le nom de « Dieu, non-seulement pour témoin de la vérité d'un fait « ou de la sincérité d'une promesse, mais encore pour « vengeur de l'imposture, ou de la foi jurée, en un mot, du « parjure. » D'après cette définition, deux choses sont donc principalement de l'essence du serment : la croyance en Dieu et l'imprécation conditionnelle contre soi-même, de celui qui invoque ce nom redoutable. Par conséquent, le serment n'est rien ou n'est qu'un moyen de tromper pour qui ne croirait pas à une vie future où chacun sera puni ou récompensé selon ses œuvres : *Filius enim hominis venturus est in gloriâ Patris sui cum angelis suis, et tunc reddet unicuique secundùm opera sua* (S. Matth. 6). Combien puissante ne devrait pas être la perspective de cette justice inévitable! Et pourtant l'homme est si faible, et son avarice si grande, que l'argent, son autre dieu, l'emporte souvent sur ses convictions religieuses.

Mais il est aussi de ces hommes dont la parole n'a pas besoin d'être cautionnée par la crainte. « L'honneur, dit « Montesquieu (l. 1, chap. 6), peut inspirer les plus « belles actions, comme la vertu même. » Or, qu'est-ce

que cet honneur qui, dans notre langue, n'a pas de synonyme, et qui, dans celle du peuple-roi, ne peut être traduit complétement que par ces trois mots ensemble : *virtus, fides, probitas ;* qu'est-ce, disons-nous, que cet honneur, sinon le sentiment élevé qui repousse toute mauvaise action par cela seul qu'elle est mauvaise, quelque profit qu'il en pût résulter, dans quelque secret qu'on puisse l'ensevelir pour toujours ? C'est sous la dictée de cet honneur qu'Aristide écrivait son propre ostracisme ; vous le reconnaissez au cri de d'Assas : *A moi, Auvergne !* On le retrouve dans Fox, ne payant jamais un seul créancier syngraphaire qu'après tous ceux à qui il ne devait que sur parole (1) ; et dans cette réponse du colonel Fabvier à un procureur général qui, devant la Cour des pairs de France, lui conseillait, *au nom de l'honneur*, de révéler une confidence : « Militaire et citoyen, je sais ce que c'est que l'honneur, « et c'est parce que j'en ai une juste idée, que je garde et « que je garderai le silence (2). » Ces hommes-là sont une classe à part. Ils jureraient faux s'il le fallait, plutôt que de manquer à l'honneur. Pothier les avait sans doute en vue, lorsqu'il écrivit ces lignes : « Quand un homme « est honnête homme, il n'a pas besoin d'être retenu par « la religion du serment pour ne pas demander ce qui ne « lui est pas dû, et pour ne pas disconvenir de ce qu'il « doit (*des Oblig.*, n° 831). » L'homme d'honneur est donc celui dont on peut dire : *Dat fidem vir jurijurando, non jusjurandum viro* ; il ne manque pas pour cela de croyance religieuse ; à Dieu ne plaise ! L'honneur et la religion s'accordent si bien que qui est sincèrement religieux est nécessairement homme d'honneur. Ce que nous voulons

(1) Voir *Encyclopédie moderne*, v° *Serment*.

(2) *Observ. sur la législat. criminelle*, par M. Dupin, p. 260.

dire, c'est que, chez un tel homme, l'honneur suffirait à garantir sa probité, parce qu'il considère dans le serment non pas la crainte qu'il doit inspirer, mais la force qui lui est propre : *In jurejurando non qui metus, sed quæ vis sit, debet intelligi* (Cic., *de Off.*, lib. 3, n° 29).

Mais *l'homme honnête homme* de Pothier n'appartient pas à une classe nombreuse de la société, et, comme le dit encore Cicéron, combien y a-t-il d'hommes qui, certains du secret ou de l'impunité, s'abstiendraient d'une injustice profitable? *Quotus enim quisque reperietur, qui impunitate et ignoratione omnium propositâ, abstinere possit injuriâ?* (Cic. *ubi sup.*, n° 17). Ne nous abusons donc point : en général, il ne faut pas faire grand fonds sur le serment de celui qui, pouvant se parjurer impunément ici-bas, ne redouterait rien pour le temps où il n'y sera plus.

238. — Il est divers rapports sous lesquels le serment peut être envisagé. Par exemple, le serment respectif des jurés, des témoins et des experts en matière criminelle, pourrait donner lieu à de graves observations qui ne sont pas de notre sujet. Quant au serment politique, il en fut donné en 1830, du sein de la foudre et au milieu du carnage, une explication nette, de laquelle il résulte que c'est un contrat synallagmatique parfait, avec clause pénale et résolutoire. Nous n'avons point à nous en occuper. Il en est beaucoup d'autres encore; mais celui dont les principales règles vont être sommairement exposées ne se rapporte qu'aux intérêts privés, particulièrement aux intérêts commerciaux, et seulement encore en tant qu'ils sont débattus en justice réglée.

Lorsqu'on n'a ni écrit, ni témoins, ni présomptions qui en puissent tenir lieu, la seule ressource est d'exiger

le serment de celui qui dénie l'engagement, ou le fait libératoire, objet du litige : *Extremum remedium expediendarum litium in usum venit jurisjurandi religio.*

Tout ce qui concerne la preuve ou l'aveu des obligations conventionnelles et de leur exécution, étant de droit naturel lorsque la loi ne les fait pas dépendre de quelque forme spéciale, c'est un principe certain, consacré par la jurisprudence, que les art. 1358 et 1360 du Code civil font partie du droit commercial. Il reconnaît donc aussi principalement deux sortes de serment : le serment décisoire, et le serment déféré d'office, autrement dit supplétoire. Comme leurs règles et leurs effets ne sont pas en tout les mêmes, il convient de les examiner séparément.

DU SERMENT DÉCISOIRE.

1° *Par quelles personnes, à quelles personnes, et sur quoi le serment décisoire peut être déféré en matière de convention.*

239. — Le serment décisoire, quand il est déféré, accepté et prêté, tenant lieu entre les parties, comme nous le verrons tout à l'heure, n° 251, d'un jugement en dernier ressort, avec renonciation à revenir contre directement ou indirectement, par aucunes voies quelconques, même en cas de parjure postérieurement découvert, il s'ensuit que la première de toutes les conditions pour la validité d'un tel pacte, c'est que les adversaires aient réciproquement la capacité légale de contracter commercialement et de transiger sur leurs droits, d'après les règles établies n°s 54 et suiv.

Une autre condition non moins essentielle de la délation et de l'acceptation, c'est que le fait sur lequel le serment est déféré soit un fait *personnel* à celui auquel on le

défère, par la raison sensible que nul n'est habile et conséquemment que nul ne peut être forcé à jurer le fait d'autrui.

Mais ce mot *personnel* veut être sainement entendu. Les dictionnaires n'en expliquent pas l'acception légale. M. Toullier (t. 11, n° 39) lui donne un double sens dans une même phrase ; on va voir que cette confusion n'est pas sans conséquence.

Si la loi dispose (art. 1359 C. civ.) que « le serment « ne peut être déféré que sur un fait personnel à la partie « à laquelle on le défère, » il ne s'ensuit pas toujours que l'auteur de ce fait soit habile à en affirmer la vérité par un serment décisoire, caractère sans lequel l'adversaire ne peut le déférer. Il faut de plus que l'obligation active ou passive, ou la libération résultant de ce fait, soit *propre* à la partie dont le serment est requis. Je puis être auteur ou participant d'un fait dont les suites appartiennent exclusivement à un autre, lequel subira seul l'obligation qui en dérive, ou profitera seul de la libération qu'il produit. Voilà donc un cas où le fait m'est personnel, sans m'être propre ; dès lors il est clair que mon serment sur ce fait ne peut décider le litige, puisque je n'y ai activement ni passivement aucun intérêt appréciable. Or telle est précisément, par rapport au tiers avec lequel il a traité *dans le nom du commettant*, la position d'un commissionnaire, après l'exécution d'un mandat dont il n'a pas franchi les limites ; car ce n'est pas lui qu'il a engagé, ce n'est pas pour lui qu'il a stipulé ou payé. C'est le commettant lui-même qui a fait tout cela par le ministère de son commissionnaire. La chose ne regarde que lui : *Qui mandat, ipse fecisse videtur.*

Mais quand c'est entre le commettant et le commissionnaire que le litige existe, ou bien entre le tiers et un commissionnaire qui a traité *dans son propre nom*, les lois sur

le serment régissent leur contrat comme toutes les autres conventions.

240. — Vous niez m'avoir donné l'ordre d'acheter pour votre compte le brick *le Neptune* qui vient de naufrager. Je n'ai ni preuves, ni présomptions quelconques de la dation de ce mandat; mais je vous défère le serment sur son existence et ses conditions. C'est en appeler à votre conscience, et vous dire : *jugez-nous*. Voilà à quoi se réduit le serment décisoire; si vous ne le prêtez pas, j'obtiens gain de cause. Inutile d'invoquer l'art. 1315 du Code civil d'après lequel « celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. » Personne ne peut se plaindre d'être fait juge dans sa propre cause. Si votre dénégation est vraie, que craignez-vous de l'affirmer (1)? Est-elle fausse, ne vous souillez pas d'un parjure.

Ce n'est pas seulement quand il n'existe aucune preuve de l'obligation que le défendeur peut être assujetti au serment décisoire; il ne saurait encore s'y soustraire, même en opposant à la demande une preuve légalement régulière de n'avoir jamais été obligé, ou de ne l'être plus. Cependant il était anciennement reçu, d'après une décision du pape Alexandre III, et l'on jugeait, jusque dans les juridictions consulaires, que, *qui est fondé en contrat, n'est pas tenu de jurer le contenu au contrat : Habens instrumentum, non teneturjurare.* Le serment ne pouvait donc être exigé du porteur d'un endossement *régulier*, sur la sincérité de cet endossement, à moins de quelque présomption grave de fraude ou de collusion. Mais ce principe, aboli pour les af-

(1) Il est cependant des consciences auxquelles tout serment répugne invinciblement, même sur des faits dont la vérité ne laisse aucun doute; et l'Evangile dit : *Ego autem dico vobis non jurare omninò.* (Saint Matthieu, 5, 32.)

faires du droit civil (art. 1360), l'est à plus forte raison dans le droit commercial, où les simulations non frauduleuses sont fréquentes, tolérées, quelquefois même nécessaires. (V. t. 2, n° 14.) Si donc, porteur d'une traite régulièrement endossée, je m'en prétends propriétaire, tandis que vous soutenez ne me l'avoir transmise par votre endossement que pour en recouvrer la valeur, ou la négocier comme votre commissionnaire, *v. g.*, afin d'éviter une compensation que vous avez à craindre de la part de l'accepteur, vous êtes en droit de me déférer le serment sur la sincérité de ce titre, nonobstant la disposition formelle de l'art. 136 du Code de commerce; et, de son côté, si quelques circonstances lui font présumer la simulation de l'endossement, l'accepteur, intéressé à compenser, peut exiger de vous l'affirmation par serment que je ne suis pas votre prête-nom (Cour de cass., 2 fév. 1819, Sir., 19, 1, 332). Le principe est donc certain, et on l'a, rarement il est vrai, mais cependant plus d'une fois, utilement invoqué lorsque des commerçants avaient créé à l'ordre de leur caissier ou de quelque *homme de paille*, des retraites avec compte de retour, afin de s'en procurer le bénéfice, sans s'engager envers le porteur et les endosseurs.

241. — Pour donner lieu à la délation du serment décisoire, il n'est pas nécessaire qu'il embrasse le litige tout entier; il suffit qu'il porte sur quelque point évidemment utile à la décision du procès. Par exemple, lorsqu'en maintenant que vous m'avez donné mandat d'acheter le *Neptune*, j'ajoute, pour corroborer ce maintien, que, la veille de l'adjudication, vous avez envoyé chez moi votre frère me donner des instructions et prendre copie de l'inventaire des agrès et apparaux affiché au mât du navire, j'articule un fait sur lequel le serment peut vous être dé-

féré. La raison en est sensible : c'est que, si ce fait est tenu pour constant, vu votre refus de jurer le contraire, il en résulte en ma faveur une présomption grave qui doit décider le tribunal à me déférer le serment supplétoire, en sorte que, sur le fond du procès, au lieu d'être jugé par vous, je serai votre juge.

C'est aussi en vertu du même principe, que le serment peut être déféré en tout état de cause, en appel comme en première instance, sur le principal, les accessoires et les incidents de la contestation. Mais il faut pour cela que le fait spécial dont il s'agit n'ait pas déjà été écarté par quelque jugement passé en force de chose jugée. Si un tel jugement existe, l'instruction n'est plus ouverte, *il n'y a plus de cause* (C. de cass. Sir. 23, 1, 66).

242. — Il est encore quelques exceptions. Les unes se fondent sur ce que, dans certains cas, la loi dénie toute action ou prononce une déchéance pour inaccomplissement de formalités prescrites; les autres résultent de la nature même des choses. On ne pourrait donc pas déférer le serment sur un fait que la loi tient pour prouvé par une présomption *juris et de jure*. Par exemple encore, lorsque, porteur d'une lettre de change que vous avez tirée, et dont j'ai compté la valeur à vous-même ou à un endosseur, j'ai omis de la faire protester faute de payement, j'aurai beau dire que cette omission ne vous nuit pas, que l'accepteur était en faillite ou même décédé, que je ne pouvais donc être payé, que vous le saviez très-bien, et que, par conséquent, l'omission n'a pu vous nuire; ce sont des faits sur lesquels je ne serai pas reçu à vous déférer le serment, parce que je suis déchu (article 168 C. com.), et que nul acte ne peut suppléer le protêt (art. 175); en un mot, parce que la loi a voulu que le

défaut de payement d'une lettre de change ne pût être prouvé que par un protêt fait à temps et régulièrement. Je puis seulement exiger de vous la preuve qu'au jour de l'échéance vous aviez provision chez le tiré; mais si je soutiens, contre votre dénégation, que vous m'aviez dispensé de la formalité du protêt, *v. g.*, pour n'en pas payer les frais, parce que vous saviez le débiteur en faillite, c'est un fait sur lequel votre serment peut être requis.

De même, si vous me prétendez engagé envers vous par une lettre de change que j'aurais tirée à votre ordre de Rennes sur Paris, et que vous dites avoir perdue, c'est un engagement sur lequel je ne suis pas tenu de jurer, parce que, l'art. 110 du Code de commerce ayant, par des vues très-sages, réglé une forme substantielle pour la constatation du contrat de change, ce contrat ne peut être prouvé que par la représentation de la lettre de change même. Cela ne veut pas dire, lorsque vous posez en fait que c'est immédiatement de moi que vous teniez la lettre, que vous ne puissiez me faire jurer n'être point votre débiteur d'une somme égale au montant de l'effet; car je puis devoir et qu'il n'y ait pas eu de lettre de change, ou qu'il y en ait eu une non conforme à l'art. 110. Si celle que vous dites perdue était représentée et qu'elle ne fût pas régulière, elle serait une simple promesse; il faut la voir pour juger de sa régularité, comme ce n'est qu'en voyant un exploit qu'on peut s'assurer qu'il ne contient pas quelque nullité. Or il est très-différent, quand on ne peut payer actuellement, de devoir en vertu d'une lettre de change, ou de ne devoir qu'en vertu d'une simple promesse.

La nature des choses ne permet pas davantage d'obliger quelqu'un à jurer sur un fait qui, s'il était prouvé,

emporterait une peine afflictive et infamante, ou seulement infamante. Par exemple, un commettant ne pourrait déférer le serment à son commissionnaire sur le point de savoir si celui-ci n'a pas falsifié son mandat. La délation d'un tel serment donnerait même lieu à l'action en diffamation. Pour articuler des faits pareils, il faut en avoir la preuve légale, ou les dénoncer, ou en porter plainte; mais il n'en est pas ainsi des faits qui ne peuvent donner lieu qu'à des peines correctionnelles, parce que, *légalement parlant*, l'honneur n'y est point engagé, ces sortes de peines n'imprimant pas infamie aux yeux de la loi. Je puis donc, en tribunal de commerce, déférer le serment à mon commissionnaire, *v. g.*, sur le point de savoir s'il n'a pas *indûment disposé* d'une partie de mes marchandises (1), mais non exiger qu'il jure n'en avoir pas disposé *dans l'intention de se les approprier*, parce que, d'une part, cette intention constituerait un délit dont nul n'est tenu de se convaincre soi-même, et qu'après tout elle est indifférente à la réparation civile du préjudice (art. 1382 C. civ.). Mais si j'avais, à mes risques et périls, traduit ce commissionnaire devant le tribunal correctionnel, je pourrais, dans mon intérêt civil, lui déférer le serment sur le fait articulé dans ma citation, et son refus de l'outrer le ferait débouter de sa demande de dommages-intérêts pour calomnie, bien que je n'eusse apporté aucune preuve du détournement.

Parmi les cas exceptionnels se rangent également ceux qui peuvent se fonder sur la prescription : mais, à cet égard, il faut distinguer entre la prescription trentenaire et les prescriptions de court délai.

Il y a prescription par cela seul qu'il s'est écoulé un

(1) Duparc-Poullain, t. 9, n° 14, p. 436.

certain espace de temps, déterminé par la loi, depuis le jour où une obligation a existé, jusqu'à celui où l'exécution a pu en être exigée en justice. Mais la prescription trentenaire ne se fonde pas uniquement, comme le dit Pothier (*des Oblig.*, n° 644), sur une présomption de payement ou une remise de la dette, et sur ce que c'est une peine de la négligence du créancier. Elle tient à des considérations d'un ordre plus élevé : c'est qu'après un si long espace de temps, les souvenirs peuvent s'effacer, et les preuves de la libération s'évanouir ou se perdre par mille accidents qu'on ne pouvait prévoir et qu'on ne peut prouver ; en sorte que, sans cette prescription absolue, nul n'aurait la certitude de son état ni de sa fortune. Voilà pourquoi elle est appelée par d'Argentré : *patrona generis humani*, et sous ce rapport elle tire son origine du droit naturel (1).

La prescription de cette espèce est péremptoirement exclusive de tout serment comme de toute action. Si donc, après trente ans révolus depuis mes derniers agissements de commissionnaire, vous venez, ou vos héritiers, me demander un compte, je ne puis être tenu de jurer l'avoir rendu. On peut seulement me déférer le serment sur un fait de nature à interrompre la prescription.

Quant aux courtes prescriptions, elles ne sont, à bien dire, que des présomptions morales d'une libération qui peut manquer de réalité. Je puis donc, après le temps déterminé par l'art. 108, *v. g.*, déférer le serment à un

(1) Reprochez à un enfant une faute commise il y a huit jours, il tiendra votre reproche pour injuste, et vous dira : *Il y a bien longtemps de cela.* Cet enfant invoque la prescription. Mais, s'il vient de retomber dans la même faute, il sent que la prescription est interrompue.

commissionnaire de transport, sur le fait de savoir s'il m'a effectivement expédié des marchandises qu'il était chargé de me faire parvenir.

243. — Dans le droit commercial, où l'écriture est très-rarement de l'essence de la convention, le serment peut presque toujours être déféré sur ce qui s'est passé, ou sur ce qui a été dit avant, lors ou depuis le contrat formé. Par conséquent, s'il a été stipulé dans un mandat écrit que mon commissionnaire me ferait une avance de 5,000 fr., je puis exiger qu'il jure que, depuis, il ne m'en a pas promis une de 10,000 fr., comme il pourrait me déférer le serment sur mon maintien que, nonobstant notre correspondance qui ne constate qu'une commission de 2 p. 100, je lui en avais antérieurement promis une de 5 p. 100, au cas, qui s'est réalisé, où la vente de ses marchandises s'élèverait à une somme entre nous déterminée.

Mais, du principe que nul n'est tenu d'affirmer ou de dénier par serment un fait qui ne lui est pas personnel, il s'ensuit un empêchement à le déférer à la veuve, aux héritiers et ayants-cause de l'un des contractants, *v. g.*, du commissionnaire, sur un fait dont celui-ci aurait été ou auteur, ou personnellement participant. Ils doivent seulement jurer, s'ils en sont requis, que la connaissance ne leur en est point parvenue, et il en est de même relativement à ceux qui se trouvent aux droits de l'autre contractant, *v. g.*, du commettant. Mais, à proprement parler, ce n'est pas là un serment décisoire.

244. — *Quid juris* si, après une commission exécutée dans le nom du commettant, le tiers qui a vendu, *v. g.*, dix tonneaux de vin, prétendait qu'on les lui a achetés

au prix de 400 fr. l'un, tandis que le commettant ne veut les lui payer qu'à raison de 350 fr., qu'il dit être le prix oralement convenu? Comment et à qui, du commettant ou du commissionnaire, le serment peut-il être déféré?

Il faut répondre qu'un serment décisoire, l'expression prise dans sa valeur légale, ne peut être déféré ni à l'un ni à l'autre. Cela tient à la nature particulière du contrat de mandat que le législateur paraît n'avoir pas eu en vue, du moins quant aux tierces personnes, lorsqu'il a réglementé les effets du serment. La réponse à la question proposée ne peut donc être qu'une déduction de choses qui sont de l'essence même de la commission autorisée par l'art. 92 du Code de commerce. Il en résultera que le commissionnaire ne peut prêter d'autre serment que celui de témoin, ni le commettant jurer autre chose, si ce n'est qu'il n'a pas connaissance d'un prix stipulé à 400 fr. par le vendeur.

En effet, bien que le commissionnaire ait agi, que ce soit lui qui ait traité, qu'il soit participant du fait litigieux, et qu'il n'y ait que lui et le vendeur à connaître ce fait d'une manière certaine, il n'en est pas moins vrai, comme on vient de le dire, n° 239, qu'il est entièrement étranger à l'obligation qui en peut résulter. Vainement dirait-on que le fait lui est *personnel;* oui, sans doute, en ce sens qu'il en est physiquement l'auteur, mais, dans ses résultats, le fait ne le concerne nullement. Or, puisque l'effet de la délation du serment est de constituer juge dans sa propre cause celui qui accepte de jurer, il résiste à la nature des choses qu'on puisse déférer à quelqu'un le serment décisoire d'un procès où il n'a nul intérêt, par conséquent d'une cause qu'il ne peut ni gagner ni perdre.

Quant au commettant, le fait lui est propre, mais il ne lui est pas personnel.

Le fait lui est propre, puisque c'est à lui seul que peut profiter ou nuire la convention du commissionnaire. C est l'effet de la fiction : *Qui mandat, fecisse videtur.* Mais c'est là aussi tout son effet, car une fiction ne s'étend jamais au delà du cas pour lequel elle est introduite, et s'arrête où l'équité cesse ; on ne saurait donc feindre que l fait du commissionnaire, en tant qu'il connaît le *quantùm* du prix, est la connaissance personnelle du commettant, en un mot, son fait personnel. S'il connaît le fait, ce ne peut être que par relation ; conséquemment, tout ce qu'on peut exiger de lui, c'est qu'il jure n'en avoir pas connaissance.

Pour ce qui est du commissionnaire, le vendeur peut l'appeler comme un témoin dont la déposition est très-admissible, et doit être appréciée d'après les principes établis n°ˢ 197, 198.

245. — Lorsque la commission a été donnée à une société dont tous les membres gèrent concurremment, un seul d'entre eux est tenu de jurer, et son serment ou son refus profite ou nuit à tous ses coassociés. C'est une conséquence du principe de la solidarité. Le demandeur ne serait donc pas fondé à exiger le serment des autres. La raison en est que ce n'est pas contre les associés qu'il a procès, mais contre la société légalement représentée par un des associés. Si donc il veut déférer le serment, il doit appeler en cause celui des associés avec lequel il a traité, et qui, en traitant, a agi pour lui-même et comme mandataire de ses coassociés. Le fait lui est à la fois personnel et propre.

Cependant M. Pardessus (t. 5, n° 1376) enseigne que,

dans l'espèce d'un interrogatoire sur faits et articles, et de plusieurs associés gérants, *tous doivent être interrogés, parce qu'ils peuvent donner des renseignements.* C'est une erreur. Si tous étaient assignés, tous, à l'exception d'un seul, pourraient demander et obtiendraient leur renvoi, parce qu'en vertu de la solidarité, un seul représente toute l'association, et que c'est elle qui est en cause. Je ne suis pas plus fondé à vouloir que trois associés, gérant concurremment, répondent à l'interrogatoire sur faits et articles, que je ne le serais à exiger que tous signassent une lettre de change déjà signée par l'un d'eux à mon ordre.

246. — Dans l'espèce d'un débiteur failli, le serment ne peut lui être déféré même sur un fait consommé dès avant les dix jours qui ont précédé la faillite : c'est une suite du principe que, pour jurer, il faut être capable de contracter. Seulement le syndicat peut être interrogé sur faits et articles, pour savoir s'il n'a pas connaissance du fait dont il s'agit. Mais cela doit s'entendre de la connaissance acquise depuis le syndicat formé; ce qu'un ou plusieurs syndics, créanciers ou non créanciers, auraient appris avant leur institution, ne pouvant nuire à la masse ni lui profiter.

2° De l'office du juge quand le serment décisoire est déféré devant lui, et de quelle manière il doit être déféré et prêté.

247. — Qu'il s'agisse d'un de ces incidents dont il a été parlé n° 240, ou du fond même de la contestation, le but du serment décisoire étant de terminer sans retour le point litigieux sur lequel on le défère, il s'ensuit qu'il doit être déféré nettement, sans réserves, et sans que l'ef-

fet en soit subordonné à aucune condition quelconque. Si le serment requis réunit toutes ces qualités, le juge n'a pas le droit d'en empêcher la délation. Mais de savoir si elles existent, c'est nécessairement à lui seul qu'il appartient de le décider : *Si de qualitate juramenti fuerit inter partes dubitatum*, *conceptio* (la formule) *ejus in arbitrio judicantis est.* Lorsque le juge estime que le serment, tel qu'il est déféré, n'a pas les conditions requises, il le déclare par un jugement motivé dont la partie déboutée peut se rendre appelante, pourvu que la matière ne soit pas du dernier ressort. Quand, au contraire, le serment, tel qu'il est déféré par les conclusions, a le caractère décisoire exigé par la loi, il doit être reproduit dans le dispositif du jugement. A la vérité, le juge n'est pas tenu de se servir identiquement des mêmes termes ; mais le sens en doit être identique, et il n'y doit être rien ajouté qui le modifie ; autrement on ne saurait plus en déterminer le caractère, puisqu'il serait un mélange de serment supplétif et de serment décisoire.

248. — Si les deux parties sont présentes à l'audience, celle à qui le serment est déféré peut le prêter sur-le-champ. Au cas contraire, ou si la partie se retire, il faut l'assigner à jour fixe pour qu'elle le prête en personne. Le commissionnaire qui aurait agi dans le nom de son commettant, soit comme demandeur, soit comme défendeur, ne serait pas reçu à outrer un tel serment. Dans aucun procès on ne fait par procureur un serment décisoire, précaution sage, parce que la honte de se parjurer soi-même peut retenir certaines personnes, qui n'attacheraient peut-être point le même caractère de criminalité à un parjure commis par procuration. Au reste, pour tous les cas où la partie qui doit jurer se trouve empêchée, les

divers modes prescrits par le Code de procédure civile (art. 121) doivent être suivis dans les tribunaux de commerce. Nous ferons observer seulement que le serment doit être prêté en présence de l'autre partie, ou elle dûment appelée.

Il est d'une extrême importance pour celui qui doit jurer, d'apporter la plus grande attention à la formule du serment qui lui est lue par le juge. Celui-ci, après cette lecture, peut se borner à exiger de la partie qu'elle lève la main en disant : *Je le jure.* La loi n'ayant rien prescrit à cet égard, le juge peut aussi exiger que la partie prononce elle-même la formule du serment, de mot à mot, telle qu'elle est portée au jugement, en commençant par ces paroles : *Je jure que, etc.* Mais de quelque manière que l'on jure, on doit le faire avec franchise et vérité : car Dieu prend les paroles dans le même sens que celui qui reçoit le serment. Se servir d'équivoques, de restrictions mentales, de prétendues directions d'intention, c'est outrager la Divinité et tromper les hommes : *Quâcumque arte verborum quisque juret, Deus tamen, qui conscientiæ testis est, itâ hoc accipit sicut ille cui juratur intelligit. Dupliciter autem reus fit quia et nomen Dei in vanum assumit, et proximum dolo capit* (S. Isidor. *can. quacumque caus.* 22, *quæst.* 5). Mais, faux ou vrai, le serment une fois prêté, il produit tout son effet, Au reste, il est passé en jurisprudence que chacun le prête suivant le rite de son culte.

249. — M. Pardessus (*ubi sup.*), M. Toullier (t. 10, n° 385) et beaucoup d'autres auteurs enseignent que le serment peut être considéré comme ayant été outré, si la partie qui devait le prêter décède avant le jour fixé pour sa prestation. Cela, disent-ils, dépend des circonstances

plus ou moins significatives de l'intention où le défunt était de jurer, comme si, par exemple, il avait déjà fait quelques actes conservatoires en vertu du jugement même qui ordonnait le serment. Cette doctrine, évidemment contraire aux principes du droit, peut blesser fort souvent les règles de l'équité.

Elle est contraire aux principes du droit, car il ne suffit assurément pas que j'aie manifesté, même par écrit, l'intention de contracter avec vous, *v. g.*, une vente, pour qu'on puisse dire qu'il y ait contrat, au cas que je décède avant de l'avoir conclu, parce que, la volonté de l'homme étant ambulatoire, on ne peut jamais avoir la certitude que j'eusse persisté dans la mienne, si j'avais vécu jusqu'au jour où le contrat devait être passé. Or on ne peut savoir davantage si celui qui avait annoncé l'intention d'outrer un serment, que les auteurs cités considèrent comme une transaction, aurait persisté dans sa volonté jusqu'au moment où le serment devait être prêté.

En outre, faire violence au droit en tenant pour formée une transaction qui ne le fut jamais, ce serait souvent blesser l'équité. En effet, quand on considère le serment comme une preuve, du moins faut-il convenir qu'en réalité il n'y en a pas de plus faible. Si donc le serment avait été déféré à mon adversaire sur un fait libératoire de l'obligation que je prouvais contre lui (ce qui est un cas fréquent), et qie cet adversaire vînt à décéder, ne serait-ce point, relativement à moi, le comble de l'injustice, que de donner une quittance judiciaire à ses héritiers, par cela seul qu'il avait annoncé d'une manière quelconque l'intention de prêter un serment qu'il n'aurait peut-être pas osé faire en ma présence? Le plus sûr est donc de s'en tenir au droit, d'après lequel la transaction par serment ne peut être réputée parfaite qu'après la prestation même

du serment. Il n'est qu'un seul cas où l'intention du défunt dût avoir de l'efficacité : c'est si son adversaire l'avait physiquement empêché de jurer, ou l'en avait détourné, *v. g.*, par l'emploi de moyens dilatoires frauduleusement imaginés dans ce dessein.

3° *Des effets du serment.*

250. — Ces effets varient suivant qu'on le refuse, qu'on le réfère, ou qu'on le prête. Chacune de ces hypothèses doit donc être examinée.

251. — « C'est un principe général, dit Duparc-» Poullain (t. 9, p. 436, n° 13), que *manifestæ turpitu-» dinis est nolle jurare.* Ainsi celui qui refuse d'outrer le » serment doit être condamné comme convaincu par son » refus. » Cela est certain. Il se juge lui-même; c'est l'aveu de la vérité de ce que soutenait son adversaire; mais nous n'en protestons pas moins contre la fameuse maxime sans cesse répétée : *manifestæ turpitudinis est nolle jurare*, même avec l'addition qu'on ne cite presque jamais : *nec jurandum referre;* L. 38, D. *de jurejur.* Nous prétendons qu'on s'honore par un tel refus.

Sans doute il est fâcheux pour l'amour-propre d'un plaideur d'avoir avancé un mensonge qu'il dévoile lui-même en n'outrant pas le serment. Cependant, s'il faut juger humainement les choses humaines, qu'a-t-il fait que céder un moment à la faiblesse de l'humanité? Mais ce qui prouve que, chez le plaideur, la probité n'était que passagèrement égarée, et que sa croyance est sincère, c'est précisément le courage qui lui fait braver le respect humain et perdre sa cause, quand il pouvait impunément la gagner devant les hommes. Qu'y a-t-il donc de honteux

dans une pareille victoire remportée sur soi-même ? Quand on cite l'axiome *manifestæ turpitudinis*, etc., on ne réfléchit peut-être pas que Paul, auteur de cette loi, et les autres anciens jurisconsultes dont les ouvrages forment une partie du Digeste, appartenaient plus ou moins à la secte stoïcienne dont voici quelques maximes : Point de degré dans les fautes, aucune n'est digne de pardon ; toutes sont des crimes, et il n'y en a pas plus à étrangler son père qu'à tuer un coq sans nécessité ; la pitié est faiblesse ou folie ; immuable dans son avis, l'homme sage ne croit rien, ne se repent de rien, ne se trompe en rien. On peut voir dans l'oraison *pro Luc. Murænâ*, n° 61, l'exposition ironique que Cicéron fait de cette doctrine : *Hujus* (*Zenonis*) *sententiæ sunt et præcepta : nunquàm cujusquam delicto ignoscere ; neminem misericordem esse nisi stultum et levem. Omnia peccata esse paria ; omne delictum scelus esse nefarium ; nec minùs delinquere eum qui gallum gallinaceum, cùm opus non fuerit, quàm eum qui patrem suffocaverit...., sapientem nihil opinari ; nullius rei pœnitere, nullâ in re falli ; sententiam mutare nunquàm.* Telle n'est pas, Dieu merci, la philosophie de nos jours, et nous ne voyons pas de quel avantage peut être pour la société une maxime empruntée à la législation d'un peuple dont la religion ne connaissait pas le dogme consolateur de l'expiation consciencieuse. Ou nous sommes bien dans l'erreur, ou ce brocard latin qui déshonore le repentir, alors même que la sincérité en est manifeste, est cent fois plus propre à multiplier les parjures qu'à en diminuer le nombre.

252. — Quand celui auquel le serment a été déféré ne veut ni le prêter, ni le décliner nettement, il a la faculté de le référer à la partie adverse, pourvu toutefois qu'il

n'ait pas déjà accepté de jurer, car il se serait alors formé entre eux un contrat judiciaire qui doit être exécuté. Hors ce cas et celui où le fait, objet du serment, ne serait pas personnel au plaideur à qui on l'a déféré (ce dont le juge décide, s'il y a contestation sur ce point), ce plaideur est tenu de jurer, autrement il perd le procès : *Non debet displicere conditio jurisjurandi ei qui detulit.* Cette relation du serment est une véritable délation qu'en fait la partie qui, au lieu de le prêter, s'en remet à celui de l'adversaire. Ce que nous avons dit du serment déféré s'applique donc aussi au serment référé.

253. — Déféré ou référé, le serment, une fois outré par l'une des parties, tient lieu entre elles de la vérité même. C'est, dans le système de la loi, une présomption *juris et de jure*, contre laquelle nulle preuve n'est civilement recevable : *Quod si exegi ut jurares, et jurasti, stabitur.* Si donc vous avez juré ne m'avoir pas commis à l'achat du *Neptune*, ni promis un *del credere* pour la vente de vos marchandises, c'est comme si pareilles conventions n'étaient jamais intervenues entre nous : *Contrà juramentum probationes contrariæ admitti non possunt* (Casareg. Disc. 10, n° 104).

Mais comme la renonciation à l'action civile ne peut arrêter ni suspendre l'exercice de l'action publique (article 4 C. inst. crim.), on a demandé si, quand vous êtes condamné comme parjure, à la requête du procureur général, je puis répéter, par l'action de dol, les 3,000 fr. que je vous ai payés en vertu d'un jugement, résultat de votre faux serment.

Après avoir longtemps divisé les jurisconsultes romains, la négative de cette question a fini par prévaloir dans les écrits de Marcellus, de Gaïus, de Paul et d'Ulpien : *Per*

jusjurandum transactum videtur, et sufficit perjurii pœna. C'est aussi la doctrine de la plupart des jurisconsultes modernes, entre autres de MM. Toullier et Delvincourt, et même de M. Chardon, ce vrai fléau du dol, *vir in fraude totus oculeus* (1). Néanmoins l'opinion contraire compte encore quelques partisans, M. Solon, par exemple. On trouvera dans l'ouvrage de cet auteur (n° 173) une ample et savante dissertation où sont soigneusement réunis tous les moyens propres à faire valoir son sentiment. Mais, en résumant sa doctrine, on voit qu'elle se fonde sur une supposition qui, pensons-nous, manque d'exactitude. Il faudrait admettre que, quand je dis à mon adversaire : *jurez*, on doit sous-entendre : *à condition que vous jurerez la vérité.* Or, tel n'est point le contrat, car la délation du serment doit être aussi pure de toute restriction mentale que le serment lui-même, et il n'est pas de juge qui admît une délation dans les termes que nous venons de dire. La convention est donc celle-ci : « Je m'avoue sans preuve ; le juge qui siége ne peut que « me condamner ; mais jugez-nous vous-même, et tout « est irrévocablement terminé entre nous. » Ou c'est là le serment, ou le serment n'est qu'une dérision ; car ce serait le déférer à condition qu'on ne le fît pas. Si l'on veut se réserver les voies de dol et de requête civile dont M. Solon argumente, il faut se laisser condamner. Nul n'est forcé de prendre son adversaire pour juge ; mais, ce choix une fois fait, plus de retour, et c'est ce qui explique pourquoi les auteurs disent que la chose jurée a plus de force que la chose jugée : *Jusjurandum speciem transac-*

(1) Dans la vie de Casaregis, en tête de ses ouvrages, il est dit que ses contemporains l'appelaient : *Vir in omni jure totus oculeus.*

tionis continet majoremque habet auctoritatem quàm res judicata (L. 2, D., *de jurejur.*).

Il n'est qu'un seul cas où il soit possible de revenir contre un serment : c'est quand la partie qui l'a prêté a, par son dol, amené l'autre partie à le lui déférer, *v. g.*, en donnant à entendre, ou en pratiquant des manœuvres pour persuader qu'elle ne le prêterait pas. Pourquoi? Parce qu'alors le dol tombe sur la convention même par laquelle celui qui a juré fut constitué juge, et que cette convention n'aurait pas eu lieu sans le dol dont elle est le produit. Le contrat est donc nul, faute du consentement qui est de son essence. Mais nous n'admettons pas avec Voët et M. Duranton, qui suit son avis, que la fausseté du serment prêté avec connaissance puisse fonder une action légitime en dommages-intérêts, parce que ce serait tenter par une voie détournée ce qu'il n'est pas permis de faire directement. Encore une fois, la condition de jurer vrai ne faisant point partie de la délation du serment, on ne peut pas dire que sa fausseté est un dol qui ait donné lieu au contrat : *Causa jurejurando ex consensu utriusque partis, vel adversario inferente, delato vel præstito, vel remisso decisa, nec perjurii prætextu retractari potest* (L. 1, C. *de reb. credit.*) Or, dès que la chose jugée devient inattaquable *sub prætextu perjurii*, tout est donc consommé dans l'hypothèse d'un parjure *cum conscientiâ*. En un mot, après la prestation du serment, la seule question possible est celle de savoir si cette prestation est légalement constatée.

254. — Le serment déféré ou référé ne fait foi que du seul fait sur lequel il a été prêté, et ne produit d'effet qu'entre les parties qui avaient contestation en cause : *Jusjurandum alteri neque prodest, neque nocet*. C'est

qu'effectivement la prestation du serment est le résultat d'une convention, et que les conventions n'opèrent qu'entre ceux qui les ont faites. Il faut donc appliquer au serment les principes précédemment exposés, sur l'effet de l'aveu, n° 223. (V. aussi t. 2, chap. 3, § 3, *de la Ratification des engagements et stipulations pour autrui.*)

Néanmoins, la règle générale souffre exception en faveur de ceux qui avaient légalement intérêt au serment prêté. Ainsi, lorsque, assigné comme débiteur, j'ai juré ne rien devoir, on ne peut convenir ma caution, ni lui déférer le serment, parce qu'il ne saurait y avoir de caution là où il n'y a plus de débiteur principal.

Il n'existe assurément aucune parité de raison pour qu'un débiteur principal soit libéré par le serment de la caution, ni un débiteur par le serment de son codébiteur solidaire ; car je puis devoir, encore bien que le créancier dénie une décharge qu'il a donnée à ma caution, et peut-être mon codébiteur solidaire a-t-il juré avoir payé, quoique, dans la vérité, il ne l'ait pas fait. Mais la loi n'a nul égard à ces possibilités, et me tient pour libéré par le serment de ma caution ou de mon codébiteur solidaire, tout aussi bien que si j'avais juré en personne. Les uns disent que c'est parce que, dans le droit romain, le serment tient lieu de payement : *jusjurandum loco solutionis cedit ;* M. Solon, qui trouve ce payement et cette raison de mauvais aloi, comme ils le sont en effet, dit que c'est pour éviter le scandale d'un même fait alternativement affirmé et dénié par plusieurs, sous la foi du serment, ce qui en ferait un objet de mépris. Cette dernière raison est plus plausible ; la meillleure, c'est que la loi le décide ainsi.

Mais si, Jacques et Salomon étant mes créanciers solidaires, *v. g.*, de 3,000 fr., l'un d'eux me défère le serment, et que je jure m'être entièrement libéré, je n'en

reste pas moins débiteur envers l'autre de la part qui lui appartient dans la créance (art. 1365 C. civ.). C'est une conséquence de l'art. 1198 du même Code, d'après lequel la remise qui n'est faite que par un des créanciers solidaires ne libère le débiteur que pour la part de ce créancier. On conçoit que j'aurais pu m'entendre avec Jacques, par exemple, pour qu'il me déférât le serment au préjudice de Salomon. Or, c'est cette fraude que l'article 1365 a voulu rendre impossible.

DU SERMENT QUE LE JUGE DÉFÈRE D'OFFICE.

255. — Ce serment est de deux espèces : l'un *supplétif* sert à juger le litige; l'autre *in litem*, à évaluer le montant de la condamnation.

DU SERMENT SUPPLÉTIF.

256. — *Actore non probante, reus absolvitur.* Règle très-juste, car le demandeur s'étant confié à la foi de celui qu'il prétend son débiteur, il ne peut se plaindre que le juge ait la même confiance.

Mais souvent des présomptions plus ou moins graves peuvent militer en faveur d'une demande ou d'une exception qui n'est pas pleinement justifiée, et alors il y a moins absence que pénurie de preuves, *inopia probationum.* C'est dans ce cas douteux qu'il est permis au juge de déférer le serment à l'une des parties pour en faire dépendre la décision de la cause. Il ne le doit jamais, quand le demandeur prouve pleinement sa demande ou le défendeur son exception.

257. — Ce qui distingue le serment décisoire du ser-

ment supplétif, c'est que l'un est un contrat formé par le consentement des parties, l'autre une obligation, sous clause pénale, imposée par le juge. De là des différences dans leur effet respectif.

Du principe que le serment supplétoire est une obligation imposée d'office, il s'ensuit qu'il ne peut jamais être référé, nul ne pouvant, par sa seule volonté, se décharger sur autrui de sa propre obligation. Si donc celui qui doit jurer refuse de le faire, il y a lieu à la clause pénale, qui est la perte du procès, malgré les apparences de bon droit qui existaient en sa faveur. Pothier dit même (*des Oblig.*, n° 830) que si, nonobstant la preuve complète de la demande ou de l'exception, le juge, pour assurer davantage sa religion, avait déféré le serment à l'une des parties qui refuserait de le prêter, « elle ne serait pas écoutée à « appeler de la sentence; car, quoique le juge eût pu et « même dû, la preuve paraissant complète, lui donner « gain de cause, sans exiger d'elle son serment, il ne lui « a pas néanmoins fait de grief en l'exigeant, puisqu'il ne « coûte rien à la partie d'affirmer ce qu'elle sait être vrai. « Le refus qu'elle fait d'affirmer ce fait, atténue et détruit « la preuve qu'elle en avait faite. »

Mais, comme, au lieu d'être l'exécution d'un contrat, le serment supplétoire n'est qu'une obligation imposée par le juge qui n'en contracte aucune lui-même, il s'ensuit que la chose jugée n'est pas irréprochable. Si donc ce juge n'a pas déjà prononcé son jugement, il n'est pas tenu de le conformer au serment prêté, au cas où de nouvelles preuves contraires à ce serment surgissent en faveur de l'autre partie qui peut en appeler, quelque modique que la condamnation fût en définitive, parce qu'elle n'a ni consenti au serment de son adversaire, ni pu en empêcher la délation. Il dépend même du juge d'appel

de changer les rôles, et de décider la cause par le serment de l'appelant, quand le premier juge l'a déféré à l'intimé (tout cela, bien entendu, quand la matière est sujette à l'appel).

Telles sont les principales différences.

258. — Mais le juge peut-il indifféremment déférer le serment supplétif à l'une ou à l'autre des parties?

Le but de ce serment étant de suppléer à l'insuffisance ou à l'imperfection d'une preuve, il est sensible qu'en règle générale il doit être déféré à celui qui a en sa faveur quelque preuve imparfaite, quand l'autre partie n'y oppose qu'une simple allégation. Il est cependant, mais en petit nombre, des exceptions à cette règle générale. Par exemple, quand j'offre d'ajouter foi aux livres de mon adversaire, s'il refuse de les produire, le juge peut me déférer le serment. Mais ce n'est qu'une faculté, dont il fait ou ne fait pas usage, selon sa prudence. On a vu précédemment, n° 183, que tout commerçant est astreint à tenir des livres réguliers, et quelle foi doit y être ajoutée. Ils peuvent faire preuve entre commerçants, à plus forte raison autoriser la délation du serment d'office. Ce qui ne laisse aucun doute à cet égard, c'est que le juge a même le droit de le déférer au commerçant contre celui qui ne l'est pas, pourvu que la tenue de ses livres soit conforme au prescrit de la loi, et qu'aucune circonstance n'en inficie le contenu. Mais cette faculté cesserait si la prescription marquée dans l'art. 2272 du Code civil était acquise. Le commerçant n'aurait alors d'autre ressource que de déférer le serment à l'adversaire qui lui opposerait cette exception. L'art. 2275 du même Code est formel à cet égard.

DU SERMENT *in litem.*

259. — Ce serment a cela de spécial qu'il ne peut être déféré qu'au demandeur, encore faut-il absence de toutes preuves qui puissent déterminer le montant de la condamnation. La demande est pleinement justifiée, et le préjudice certain; mais quelle en est l'étendue? On l'ignore. Cependant le juge doit l'apprécier, et s'il n'existe pour lui aucun moyen d'évaluation, il défère le serment à celui même qui éprouve le dommage; il doit, en ce cas, déterminer la somme jusqu'à concurrence de laquelle le demandeur en sera cru sur son serment (art. 1369 C. civ.).

La délation de ce serment se pratique surtout en matière de conventions de transport. Des objets qui n'ont point de prix courant se perdent souvent en route. La remise en est ordinairement constatée sur les registres ou par un bulletin de l'expéditeur, qui, en général, ne peut décliner la responsabilité. Il n'y a donc ordinairement de débat que sur la valeur des objets perdus, et c'est dans ce cas qu'il n'est pas rare de voir prendre le serment du demandeur pour moyen d'évaluation.

260. — On a vu que le serment n'est pas d'institution législative; mais, à l'imperfection des règlements dont il est l'objet, on serait tenté de croire que le législateur n'a pas tenu assez compte du caractère essentiellement religieux de cet acte, ni de l'état présent de la société.

Qu'on suppose un peuple fermement convaincu, nous ne dirons pas des terribles vérités d'une religion révélée par Dieu lui-même, mais seulement de la réalité de ce lieu de tortures corporelles, où le prince des poëtes place

les parjures, les calomniateurs, les traîtres de toute espèce, et qu'il décrit en ces beaux vers :

> Hinc exaudiri gemitus, et sæva sonare
> Verbera, tunc stridor ferri, tractæque catenæ....
> ....
> Discite justitiam moniti, et non temnere divos!

Certes, chez un tel peuple, le serment sera un *criterium* de vérité, un moyen sûr et prompt d'en assurer le triomphe dans la décision des procès, *litium compendium*. Aussi Platon (liv. 12, *Lois*) rapporte-t-il que Rhadamante ne les terminait jamais que de cette manière. Mais si, dans un État où l'argent est tout, règnent des croyances diverses sur les attributs de l'auteur de la nature, si les dogmes les plus opposés de la destinée humaine ne sont plus, comme il y a un siècle, le partage de quelques adeptes, mais s'infiltrent de proche en proche dans les masses populaires, et vont porter l'impiété jusque sous le chaume, nous osons le demander, que peut-on attendre du serment? Cependant, chose étrange! s'agit-il de quelque chose excédant d'un centime la valeur de 150 fr., la loi, s'armant de défiance, ne veut pas que les plus gens de bien puissent témoigner dans une affaire civile où ils n'ont nul intérêt, tandis que, pleine de confiance dans un insensé, pour qui toute religion quelconque n'est qu'une chimère, une jonglerie, une absurdité trompeuse ou même nuisible, elle lui permettra d'être juge dans sa propre cause, quelle que soit l'importance du litige! Et que faut-il pour cela? Une présomption conjecturale, d'après laquelle il ne serait pas moralement impossible qu'il y eût quelque chose de vrai dans ce que cet homme affirme, sans qu'on puisse jamais s'en assurer. Or, n'est-il pas mille probabilités contre une que, pour un tel plaideur,

la seule différence entre le serment et le parjure sera celle de la perte au gain de son procès?

Mais quelque chose de plus grave encore, c'est la fréquence des serments, résultat inévitable d'une pareille législation. Le parjure n'a pas de sources plus fécondes.

Qu'un serment soit exigé de tous dépositaires ou agents civils ou militaires de la puissance publique, c'est une nécessité sociale. Seulement, peut-être conviendrait-il d'en approprier la formule à la nature des fonctions de ceux qui le prêtent, et que le serment du premier président de la Cour de cassation, par exemple, ne fût pas, mot pour mot, le même que celui d'un courtier ou d'un garde champêtre.

Mais prodiguer le serment jusque dans des contestations du plus mince intérêt, en tout état de cause, en toutes sortes de litiges, n'est-ce pas l'exposer journellement à des profanations qui lui enlèvent tout crédit? Sans doute le sentiment religieux est général en France; mais il n'est plus cette foi vive qui voit ce qu'elle croit; il s'est attiédi et tend vers l'indifférence. Penserait-on le ranimer par la multiplicité des serments? L'expérience a répondu, car l'opinion n'attache même plus au parjure l'infamie qu'il mérite parmi les hommes. Parjure et serment sont, en quelque sorte, synonymes.

« Puisque les sentiments au sujet des dieux ont changé, « dit Platon (1), il faut aussi changer les lois. Lorsqu'on « intentera aujourd'hui un procès, les lois, si elles ont été « faites avec intelligence, n'exigeront le serment d'aucune « des parties... et véritablement ce serait une chose « affreuse si, vu la multitude des procès qui s'élèvent « dans un État, nous savions, à n'en pouvoir douter, que

(1) Livre 12, *Lois*, traduction de M. Cousin.

« presque la moitié de nos citoyens est composée de par-
« jures qui prennent sans aucune difficulté leur repas en
« commun avec les autres, et se trouvent partout avec eux
« tant en public qu'en particulier. Voici donc ce que règle
« la loi : seront astreints au serment le juge avant de
« rendre sa sentence, celui qui présidera à l'élection des
« magistrats. . . . .
« en général le serment portera sur tout ce qui ne peut
« profiter au parjure, suivant les opinions des hommes.
« Mais lorsqu'il paraît avec évidence qu'il y a un grand
« avantage à nier une chose ou à la désavouer avec ser-
« ment, on aura recours aux voies ordinaires de la justice,
« où les différends seront jugés sans qu'il intervienne
« aucun serment des parties, etc. »

Nous n'avons garde de prétendre qu'on doive introduire en France la loi de Platon. Elle serait contraire surtout aux intérêts du commerce, dont certaines transactions rapides et instantanées n'ont souvent d'autre garantie que la parole et la foi des contractants. D'ailleurs, le serment que cette loi rappelle n'est pas celui dont s'occupent les nôtres ; c'est, en quelque sorte, le serment que, chez les Romains, et chez nous très-anciennement, faisaient les plaideurs de ne rien dire de faux et de n'employer aucune chicane. On le nommait alors *serment de calomnie.* La trace s'en voit encore dans le décret impérial du 14 décembre 1810, d'après lequel les avocats, lors de leur réception et au renouvellement de l'année judiciaire, juraient *de ne conseiller ou défendre aucune cause qu'ils ne croiraient pas juste en leur âme et conscience.* La Restauration a supprimé cette formule. Pour quel motif? L'ordonnance du 20 novembre 1822 ne s'en est pas expliquée, et il ne nous appartient pas d'en faire la recherche. Mais, vu l'état actuel de la société, serait-il

indigne du législateur d'examiner s'il ne convient pas de restreindre la pratique facultative du serment, et de n'en confier la délation qu'au pouvoir du magistrat, du moins quand il ne s'agit que d'intérêts privés d'une légère importance? Pourquoi même, dans certains cas que la loi aurait déterminés, le juge, quel que fût l'objet du litige, ne serait-il pas déchargé de ce pouvoir, dont l'usage est toujours plus ou moins aléatoire? Si, par exemple, les livres d'un commerçant ne sont pas en tout conformes aux prescriptions du Code, dont on ne se relâche malheureusement que trop; s'il a fait faillite plus d'une fois sans se réhabiliter; s'il a été déjà condamné soit pour contrebande ou pour fraude, soit pour dol envers les particuliers, et autres circonstances semblables, convient-il que le serment supplétoire puisse lui être déféré, parce que son adresse ou le hasard aurait mis de son côté quelque présomption incertaine, souvent beaucoup plus près du mensonge que de la vérité? Un tel homme ne doit jamais être jugé que selon le droit. *Point de preuve, point d'obligation; actore non probante, reus absolvitur.* Il semble que la morale y gagnerait, et que le commerce ne s'en trouverait que mieux.

Nous n'ignorons pas qu'en général, tout en déplorant l'abus du serment, les auteurs en regrettent beaucoup moins la délation par le juge, lorsque l'objet en litige est de peu de valeur. Outre qu'en ce cas le préjudice ne peut jamais être ruineux, il leur semble que de minces intérêts doivent rarement déterminer à commettre un parjure. Mais, suivant nous, c'est grandement se faire illusion, parce que l'importance des intérêts est relative à la fortune et à la position sociale des parties plaidantes (1), et,

(1) Aux assises du département des Côtes-du-Nord, pour le

comme les grands procès sont cent fois, mille fois moins nombreux que les petits, et que c'est dans ceux-ci surtout que les preuves écrites manquent ordinairement, on peut juger dans quelle proportion se multiplient les délations d'office. Or c'est la fréquence du serment qui en fait le discrédit. Tous le reconnaissent. Il est même devenu un sujet de plaisanteries dans les classes inférieures du peuple : *Jurandi consuetudine in perjurium facilè prolabimur; cum autem parcè juratur, sanctè juratur.*

Enfin, voici quelque chose qui peut paraître étrange : Lorsque, sur la délation de la partie, un faux serment a été prêté dans une contestation où de grands intérêts sont engagés, y eût-il vingt témoins des plus probes, certains du parjure et prêts à en déposer, le ministère public ne peut poursuivre, s'il n'est armé d'un commencement de preuve par écrit. Mais il n'en a nul besoin s'il s'agit d'une somme ou valeur au-dessous de 150 fr.; en sorte qu'il y a beaucoup plus de sécurité à se parjurer pour 50,000 fr. que pour 50 centimes. Telle est la jurisprudence de la Cour de cassation (1). En supposant cette jurisprudence conforme à la loi (ce que nous n'examinons pas ici), ne peut-on pas se demander si la loi elle-même est bien conforme à la raison ?

deuxième trimestre de 1838, présidées par l'un de nous, comparurent deux scieurs de long, accusés d'avoir fait un faux serment devant un juge de paix. Il s'agissait d'une somme minime. Ce qui contribua le plus à les faire acquitter, c'est qu'il semblait ressortir des débats qu'ils n'avaient fait le faux serment que parce que, peu de jours auparavant, leur adversaire en avait aussi prêté un faux à leur préjudice devant le même juge. Les jurés n'hésitèrent pas admettre cette compensation, quoiqu'il n'en soit nullement parlé au Code civil.

(1) V. M. Favart, vº *Ministère public*, nº VI, où se trouve rapporté, dans son entier, un arrêt de la Cour de cassation du 5 septembre 1812.

Si encore l'on pouvait dire que la loi le veut ainsi, de crainte que celui qui a perdu le procès ne cherche à corrompre des témoins pour obtenir, par une voie détournée, réparation du préjudice que le faux serment lui cause! Mais non. Quelque chose qu'il arrive, il ne peut ni faire rétracter le jugement, ni obtenir d'indemnité (V. n° 253); et, comme on ne craint sans doute pas que la partie publique suborne des témoins, voilà donc, dans la loi, une singularité qu'aucun motif ne justifie, qu'aucun avantage social ne provoque ni ne compense. Ne serait-il pas à propos de réviser une législation ou de rectifier une jurisprudence d'après lesquelles la faculté de poursuivre le crime de faux serment et la nécessité de le laisser impuni sont en raison inverse du préjudice qui en résulte?

L'inconvénient est beaucoup moindre en matière commerciale, où, hors quelques cas exceptionnels, la preuve par témoins est toujours admissible.

APPENDICE.

DES USAGES COMMERCIAUX ET DE L'ÉQUITÉ JUDICIAIRE.

SOMMAIRE.

261. **Motifs de cet appendice; on confond souvent un abus avec un usage, et l'équité judiciaire avec la pure équité naturelle.**

261. — L'usage et l'équité naturelle sont un supplément indispensable dans l'application du droit commercial. Dans les volumes qui suivent, nous sommes forcé de leur demander la solution d'une infinité de cas plus ou moins difficiles. Mais il n'est pas rare de voir confondre un abus avec un usage, la volonté capricieuse du juge avec l'équité qui doit être son guide dans l'interprétation et l'application des lois écrites, et cette équité judiciaire avec l'équité naturelle dont il ne doit jamais, sous peine d'iniquité, se faire une règle de décision que dans le silence, l'obscurité ou l'insuffisance de la loi. Il peut donc être utile d'exposer, en peu de mots, ce qui constitue les usages commerciaux, comment on les constate, en quoi consiste l'équité judiciaire.

1° DES USAGES DU COMMERCE ET DE LEUR CONSTATATION.

SOMMAIRE.

262. L'empire de l'usage est beaucoup plus étendu dans le droit commercial que dans le droit civil; les usages sont particuliers ou généraux.
263. Trois sortes d'usages; indication de ce qui sert à les distinguer entre eux.
264. L'usage proscrit par la loi est destitué de toute autorité; le juge ne peut non plus prendre pour règle de décision un usage contraire aux conséquences qui dérivent évidemment de la nature de chaque contrat.
265. Quels usages peuvent s'établir, et à quelles conditions.
266. Les usages autorisés par une disposition générale, ou seulement approuvés par le silence de la loi, ont force de loi; ils l'emportent sur un texte positif de ce qu'on appelle le droit commun; la violation d'un tel usage donnerait ouverture à cassation.
267. Un usage très-ancien et persévérant prévaut, non-seulement sur le droit civil, mais même sur la loi commerciale.
268. Avis du Conseil d'État du 13 décembre 1811, non inséré au *Bulletin des Lois;* pourquoi il ne l'a pas été.
269. L'usage est légalement constaté par le jugement consulaire qui l'atteste.
270. Comment il est constaté par des parères; les parères, faits d'autorité de justice, sont très-différents des attestations et certificats,
271. Et des renseignements fournis par les chambres de commerce.

272. Quand il n'est point rapporté de parères ou d'actes de notoriété en forme, si le juge se décide par l'usage contre une loi ou une règle-maxime du droit civil, il doit, dans son jugement, déclarer cet usage ; l'usage, étant un fait, doit arriver tout prouvé devant la Cour de cassation.

262. — Dans le droit civil lui-même il est des cas où, de l'aveu du législateur, les usages ont force de loi. Mais l'empire en est bien plus étendu dans le droit commercial, surtout en matière de conventions, dont le propre est de se former presque toujours entre absents, à des distances éloignées, souvent même à l'étranger, par un échange de lettres missives, mode de transaction qui permet rarement de tout prévoir et de tout stipuler. Envisagés sous ce rapport, deux articles du Code civil sembleraient faits exprès pour le commerce, qui se les approprie comme découlant du droit naturel : « On doit suppléer dans les contrats les clauses qui y sont d'usage, quoiqu'elles n'y « soient pas exprimées (art. 1160). Ce qui est ambigu « s'interprète par ce qui est d'usage dans le pays où le « contrat s'est formé (art. 1159). » Ajoutons qu'à moins de stipulations contraires, tout ce qui tient à l'exécution de la convention et à ce qui est une suite de cette exécution, est régi par l'usage du lieu où le contrat s'exécute.

Parmi les différents usages, les uns sont particuliers à certaines localités ou à des pays étrangers, les autres généraux pour tout le royaume. Examinons d'abord ce qui leur est nécessaire pour avoir autorité en justice. Nous verrons ensuite comment ils doivent être prouvés.

263. — Trois sortes d'usages peuvent s'introduire dans le commerce :

Les uns, tendant à se maintenir ou à se renouveler contre la défense expresse de la loi commerciale;

Les autres qui, sans être spécialement condamnés par elle, sont cependant contraires à ce qu'elle dispose;

D'autres enfin que le législateur approuve par quelques dispositions générales, comme celles que l'on vient de citer, ou par cela seul qu'il n'en a point parlé.

264. — La première de toutes les conditions pour qu'un usage ait quelque autorité en justice, c'est que la loi ne l'ait pas proscrit. Il ne faut pas croire légèrement ce ce qu'on entend chaque jour répéter dans les tribunaux de commerce, que *l'usage passe la loi.* Vraie sous certains rapports, cette proposition est fausse sous beaucoup d'autres.

Elle est vraie relativement à certaines dispositions du Code civil qui ne s'accordent pas avec le bon ordre et l'intérêt du commerce. Ainsi, par exemple, d'après l'art. 1657, en matière de vente de denrées et effets mobiliers, la résolution de la vente a lieu de plein droit *et sans sommation*, au profit du vendeur, après l'expiration du terme convenu pour le retirement. Cependant il est certain qu'entre commerçants aucune vente n'est résiliée que l'acheteur n'ait été mis en demeure de retirer les marchandises. Cet usage fut même reconnu et constaté dans le conseil d'État, lors de la discussion de l'art. 1657, dont on retrancha le mot *marchandises* qu'il portait d'abord, pour y substituer ceux de *denrées et effets mobiliers* (1); et c'est encore ainsi que la coutume commerciale prévaut

(1) M. Troplong (*Vente*, n° 680) soutient une opinion contraire, qu'il appuie sur un arrêt de la Cour de cassation de 1828. V. notre réfutation, t. 4, n° 244.)

sur l'art. 1141 du même Code, qui exige la tradition *réelle* de la chose mobilière vendue, pour que la vente soit parfaite à l'égard d'un second acheteur.

Mais, quel que soit l'objet d'un usage commercial, jamais les tribunaux ne doivent s'y conformer, s'il est spécialement ou virtuellement prohibé par la loi commerciale; car elle ne le proscrit que parce qu'elle a reconnu les inconvénients ou les fraudes qui en peuvent résulter. Or, une loi faite précisément pour détruire un usage abusif, proteste perpétuellement contre l'abus : *Non valet consuetudo quandò lex expressè damnat consuetudinem, quia lex semper loquitur* (card. Tuschi, t. 2, p. 814). Le juge n'a point à examiner s'il existe ou n'existe pas de fraude dans le cas particulier qui lui est soumis. Il suffit qu'en général elle fût possible, quoiqu'elle n'ait pas été commise : *Lex seu Statutum providens in genere ad evitandas fraudes, habet etiam locum in casibus in quibus committi poterant, licet commissæ non fuerint* (Casareg. Disc. 8, n° 12).

Par exemple, entre autres dispositions prohibitives, l'art. 347 du Code de commerce en contient une qui déclare nul le contrat d'assurance, s'il a pour objet le fret des marchandises existantes à bord du navire. Il n'en est pas moins certain qu'en général le commerce maritime ne se conforme guère à cette disposition prohibitive, dont l'objet est d'empêcher que le contrat d'assurance ne dégénère en une gageure dans laquelle l'assureur parierait que le bâtiment arrivera à bon port, et l'assuré parierait le contraire. Des motifs graves ont porté le législateur à vouloir que l'assurance ne pût avoir pour base qu'un risque réel et actuellement existant, ce qui ne peut pas plus se dire d'un fret non encore gagné, que d'un profit espéré sur les marchandises. C'est donc en vain que l'usage de ces sortes

d'assurances serait prouvé devant les tribunaux. L'usage n'étant qu'une fraude à la loi, les juges ne pourraient s'empêcher de déclarer la nullité du contrat : *Consuetudo non valet contra legem inductam ad tollendas fraudes* (card. Tuschi, *ubi sup.*).

Non-seulement l'usage ne fait rien contre une loi qui le prohibe pour prévenir quelque abus ou quelque immoralité, mais il est également impuissant contre les conséquences qui dérivent évidemment de la nature de chaque contrat. Ainsi, par exemple, d'après un usage que la cupidité fomente, il n'est pas rare de voir des commerçants qui, ayant reçu commission d'acheter, envoient de leurs propres marchandises à leurs commettants, par lesquels ils se font payer un droit de commission, comme s'ils eussent agi en qualité de commissionnaires, cumulant, par ce moyen, avec les profits de la vente un salaire qu'ils n'ont pas gagné. Un tel usage, fût-il constaté d'une manière authentique, doit être proscrit par les tribunaux, étant contraire à la nature du contrat de vente, et à la nature du contrat de commission, que le vendeur de sa propre marchandise ait un salaire pour la vendre, et qu'on se fasse payer une commission quand on n'a pas agi comme commissionnaire. Le tribunal de commerce de Morlaix s'est fait beaucoup d'honneur en proclamant ces principes dans un jugement du 16 décembre 1826. Dans cette espèce, un négociant commis à l'achat d'une assez grande quantité d'avoine, au mieux des intérêts du commettant, lui en avait appliqué 125,000 kilog. de ses propres approvisionnements, sur lesquels, outre le prix de vente, il réclamait un droit de commission. Le tribunal considéra que ce négociant s'était constitué vendeur direct, de simple commissionnaire qu'il était, et que, « dès lors, « ce serait une anomalie intolérable en commerce, que

« d'admettre que le vendeur peut avoir un droit acquis à « la rétribution qui est due au commissionnaire pour ses « peines et soins à remplir un ordre. »

285. — Quant aux usages qui, n'étant ni contraires à ce qui dérive de la nature même des contrats, ni spécialement condamnés par la loi, sont seulement contraires à quelqu'une de ses dispositions impératives, on conçoit qu'ils peuvent trouver plus de facilité à s'établir. Mais dans ce cas même il faut :

S'il s'agit d'un usage local, qu'il soit *quod in regione frequentatur*, c'est-à-dire observé par la généralité des commerçants du lieu ;

Et qu'il soit uniforme s'il est question d'un usage qu'on prétend général, c'est-à-dire qu'il soit le même sur toutes les places du royaume, et que, pratiqué dans les unes, il ne soit pas rejeté sur les autres.

Il faut, de plus, qu'il soit fondé sur une grande multiplicité de précédents. Quelques actes qui se seraient reproduits de loin en loin ne suffiraient pas à constituer un usage.

Il faut enfin qu'il se soit soutenu pendant longues années. Des auteurs ont exigé au moins vingt ans d'existence. Aujourd'hui, sans nul doute, c'est une appréciation qui appartient au juge.

Si une de ces conditions manque, l'usage n'est rien ; la loi seule conserve son empire.

266. — Mais s'il s'agit d'un de ces usages autorisés par quelques dispositions générales, comme, *v. g.*, les articles 1135, 1159, 1160 et 1873 du Code civil, ou seulement approuvés par le silence de la loi, en ce sens qu'aucun texte ne le prohibe, un tel usage l'emporte non-

seulement sur les règles et les axiomes de droit, mais encore sur le texte positif de ce que l'on appelle *le droit commun.* L'usage devient alors la loi même du commerce, et il en a si bien l'autorité, quand il est régulièrement constaté, que sa violation par un arrêt ou jugement en dernier ressort qui en aurait reconnu l'existence, doit donner ouverture à cassation : *Inveterata consuetudo pro lege nec immeritò custoditur.*

267. — Non-seulement l'usage commercial prévaut sur le droit civil, mais quand il est très-ancien et persévérant, il prévaut même sur la loi du commerce : *Rectissimè etiam illud receptum est ut leges non solùm suffragio legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur* (L. 22, § 1, D. *de Legib.*). C'est un principe dont la Cour suprême a fait l'application par un arrêt du 22 messidor an IX (Sirey, t. 2, 1, 11), en décidant, contre le texte des art. 2 et 6 de l'ordonnance de 1673, tombés en désuétude, qu'un contrat de société non enregistré devait avoir tout son effet, même envers les tiers.

Il y a désuétude, quand un usage contraire à la loi, ou même expressément condamné par elle, a été toléré, sans interruption, pendant une longue suite d'années, et que les actes conformes à cet usage sont si multipliés qu'on doit nécessairement en conclure l'assentiment des tribunaux et l'approbation du législateur. Telle est alors la force de l'usage, qu'il abolit la loi, même quand elle s'exprime en termes prohibitifs.

268. — M. Pardessus (t. 1[er], n° 1) dit qu'il existe dans les minutes du conseil d'État, n° 46805, un avis du 13 décembre 1811, approuvé le 22 et ainsi conçu : « Le conseil

« d'État est d'avis que les tribunaux de commerce doi-
« vent juger les questions particulières qui se présentent, « suivant leur conviction, d'après les termes et l'esprit « du Code, et, en cas de silence de sa part, d'après le « droit commun et les usages du commerce. » L'auteur ajoute que cet avis, quoique approuvé, n'a pas été inséré au *Bulletin des lois;* mais il n'en explique pas le motif.

Nous pensons qu'on s'est ravisé, et que ce n'est point par oubli que cette décision est demeurée inédite, mais parce qu'on se sera aperçu de l'erreur qu'elle renferme. En effet, si les tribunaux eussent été tenus de s'y conformer, l'usage n'étant indiqué qu'après le droit commun pour règle de décision, ils n'auraient pu appliquer cet usage qu'aux cas non prévus par le Code civil. Or, cet ordre est contraire à l'intention de la loi. « En général, les « règles du Code civil ne dérogent point à celles du com« merce, et l'usage déroge aux lois les plus formelles, les « plus générales » (Bigot de Préameneu, *Exposé des motifs*, titre *des Contrats et Obligations*, édit. de Didot, t. 5, p. 18). *Mercatorum stylus et consuetudo prævalere debet juri communi* (Casaregis, Disc. 76, n° 16, Disc. 144, n° 38, Disc. 199, n° 65).

269. — Quand un usage est invoqué dans une contestation commerciale, les juges connaissent cet usage, ou bien ils l'ignorent. Si les juges le connaissent, il suffit à sa constatation que le jugement l'atteste ; s'ils l'ignorent, mais sans être certains qu'il n'existe pas, ils doivent ordonner que la preuve en sera établie.

Or, à quelque contestation que se rapporte l'usage invoqué, il ne peut être qu'un fait, ou une série, une réunion de faits. Si donc l'une des parties est reçue à prouver l'u-

sage, l'autre partie est, de droit, admise à la preuve contraire. Dans ce cas le jugement doit poser en termes clairs et précis la question sur laquelle le tribunal veut être édifié.

270. — Muni de ce jugement, chacune des parties peut demander des parères aux chambres de commerce qui doivent en délibérer avec réflexion, sous l'autorité des magistrats. Les parères une fois faits dans cette forme, et rapportés au tribunal, si l'usage se trouve prouvé, et il est réputé l'être lorsqu'une seule des parties produit en sa faveur un ou plusieurs parères, les juges sont tenus d'y conformer leur décision. Il ne faut pas confondre ces parères, qui sont de véritables actes de notoriété, étant faits d'autorité de justice, avec ces attestations que les contendants se procurent quelquefois de leur propre mouvement, fussent-elles signées par les négociants faisant partie des chambres de commerce. Ce ne sont là que des certificats. Ils peuvent, à la vérité, servir de renseignements, mais le tribunal n'est pas obligé d'y avoir égard.

271. — M. Pardessus (*ubi sup.*) dit que les juges sont aussi libres de s'adresser eux-mêmes à des négociants éclairés, aux chambres de commerce, etc. Sans doute il ne leur est pas défendu de s'éclairer par tous les moyens que leur désir de rendre bonne justice peut leur suggérer. Mais les éclaircissements ainsi obtenus ne peuvent encore être considérés que comme de simples renseignements. L'usage étant un fait, comme nous l'avons dit, il faut que la partie contre laquelle on l'invoque soit mise à lieu de l'avouer, de le contredire, de le vérifier, en un mot c'est une sorte d'enquête qui, de sa nature, doit être contradictoire. Quand le juge ne connaît pas l'usage, ou n'est

pas certain de le bien connaître, le plus sûr est donc qu'il le déclare et licencie les parties à en informer de la manière que nous venons d'indiquer, ou même par témoins si l'usage invoqué est celui d'une localité éloignée des chambres de commerce. S'il s'agit de constater un usage étranger, les parties peuvent, chacune de leur côté, s'adresser aux magistrats du pays pour avoir des actes de notoriété, qui feront foi pourvu qu'ils soient revêtus des formalités usitées dans ce pays.

272. — Mais lorsqu'il n'est point rapporté de parères ou d'actes de notoriété en forme, tels que ceux dont on vient de parler, si le juge se décide par l'usage contre une loi ou une règle du droit civil, il doit, dans son jugement, déclarer cet usage. Toutefois, cette déclaration ne lierait pas le juge d'appel, si on lui faisait la preuve, ou s'il sait par lui-même que cet usage n'existe pas ou qu'il en existe un différent. Mais l'arrêt lui-même doit constater l'usage sur lequel il se fonde, s'il est contraire à un texte de loi, même du droit civil. Sans cela l'arrêt serait cassé, comme violant la loi à laquelle l'usage seul pouvait déroger. Inutilement rapporterait-on des parères ou autres documents pour prouver l'usage que l'arrêt n'aurait pas constaté. La Cour suprême n'y aurait aucun égard. L'usage étant un fait, et ce fait n'étant pas constaté, elle ne verrait que la violation d'une loi, et l'arrêt serait cassé (V. Sirey, 1812, 1, 113, affaire Michel jeune contre Hainguerlot, Le Laidier et Michel aîné ; et Merlin, *Questions de droit*, v[is] *Aval* et *Compte-courant* ; la matière y est amplement et savamment traitée).

Observons enfin que les tribunaux de commerce, pas plus que les autres tribunaux, ne peuvent donner d'actes de notoriété touchant les usages, par forme abstraite et

en manière de règlement (art. 5 C. civ.). Ils ne peuvent constater un usage que quand ils ont à l'appliquer à une contestation qui existe devant eux, ou s'ils en étaient requis soit par la commission rogatoire d'un autre tribunal, soit par un arrêt de Cour d'appel, pour une affaire pendante devant eux.

2° DE L'ÉQUITÉ JUDICIAIRE.

SOMMAIRE.

273. L'équité dont il s'agit ici est l'équité judiciaire; en quoi elle consiste; définition d'Émérigon.
274. Erreur déplorable de ceux qui se croient permis d'éluder la loi sous prétexte d'équité.
275. On ne peut s'écarter de la loi, sous prétexte d'équité, sans blesser l'équité elle-même sous un double rapport.
276. La loi doit être religieusement observée dans tous les cas qu'elle a prévus, et par loi il faut entendre l'usage et la convention qui en tiennent lieu; en restant soumise à la loi, l'équité du juge n'est pas impuissante.
277. Où la loi est silencieuse, obscure, insuffisante, et où l'usage fait défaut, là commence l'empire de l'équité naturelle; elle devient alors loi; impossibilité de prescrire des règles; le juge doit les demander à sa conscience, mais la conscience ne suffit pas toujours, si elle n'est éclairée.
278. Du secours que le juge peut trouver dans la jurisprudence, lorsque la loi est silencieuse, obscure ou insuffisante.

273. — L'équité dont il s'agit en ce moment n'est pas cette droiture (*bona fides*) sur laquelle l'homme doit régler toutes ses actions dans ses rapports avec les autres hommes, et qui se résume en cette maxime de morale qu'Alexandre-Sévère trouvait si belle qu'il la fit graver au frontispice de son palais et sur les monuments publics :

Quod tibi fieri non vis, alteri ne feceris (1). L'équité dont nous voulons parler, et que nous appelons *l'équité judiciaire*, est celle dont le magistrat doit être animé lorsqu'il procède, par application de la loi, au jugement des contestations portées devant lui. C'est dans ce sens qu'il est vrai de dire : *Æquitatem antè oculos habere debet judex* (L. 5, § 1, D. *de eo quod certo loco*).

« L'équité, dit Emerigon (t. 2, p. 355), est la véritable « justice, la vraie philosophie, la sage application « des lois aux cas particuliers; en un mot, c'est cette « droiture de jugement que la raison naturelle, éclairée « et dirigée par l'esprit des lois, inspire aux juges préposés « pour rendre à chacun ce qui lui appartient; mais, « sous prétexte d'équité, les juges des marchands ne doivent « jamais s'écarter des lois et des ordonnances. Il leur « est seulement enjoint de ne pas s'arrêter aux *subtilités* « *du droit*. Si la loi est claire et précise, il ne leur est pas « permis de la violer, quelque dure qu'elle leur paraisse, « *hoc quidem perquàm durum est, sed ita lex scripta* « *est*... L'injustice d'une sentence arbitraire est un attentat « contre la loi, plus fort que tous les faits particuliers qui « la violent; c'est corrompre les propres sources de la jus- « tice, c'est le crime des faux monnayeurs, qui attaque le « prince et le peuple. »

La sagesse de ces maximes ne peut être contestée par personne; l'équité judiciaire est donc d'abord ce sentiment qui porte le magistrat à rendre la justice à chacun, en se conformant aux lois; puis, comme les lois ne peuvent ni tout prévoir, ni tout exprimer, il est encore une autre équité; mais celle-ci n'est que subsidiaire, et consiste dans l'application du droit naturel aux cas non prévus par

(1) Lamprid. in A. Sever., n° 51.

la convention, par la loi ou par l'usage qui, comme on vient de le voir, tient souvent lieu de l'une et de l'autre.

L'ordre dans lequel le juge doit recourir à ces différents moyens de faire droit n'est donc pas indifférent. Loin de là, il est obligatoire et ne doit jamais être interverti, parce qu'il est essentiel à la justice de la décision. Cet ordre, le voici :

D'abord la convention, pourvu qu'elle soit licite; en second lieu, la loi commerciale; puis, les usages dérogatoires au droit civil; ensuite, les règles de droit naturel formulées dans les lois civiles, parce que le droit commercial se les approprie, du moment que le commerce n'a pas établi d'usages contraires; enfin, la pure équité naturelle; celle-ci n'a donc rien à faire tant que le juge peut trouver sa décision, ou dans la loi, ou dans l'usage qui est aussi la loi.

274.—*Stulta videtur sapientia quæ lege vult sapientior videri.* Voilà la doctrine de D'Argentré, la vraie doctrine; il importe au juge de s'en bien pénétrer. Trop souvent les plus gens de bien eux-mêmes, car tel est le partage de la faible humanité, se croyant permis, s'imaginant même qu'il est de leur devoir d'éluder ce qu'ils appellent tantôt la rigueur, tantôt l'injustice de la loi, la sacrifient à une prétendue équité dont la fausse lueur les séduit et les égare. Soyons sans cesse en garde contre cette insidieuse usurpation. La conscience de la loi vaut mieux que celle de l'homme : *Conscientia legis vincit conscientiam hominis* (Straccha, *de Mercat.* p. 541, n° 6). Chacun peut, comme citoyen, signaler le vice ou les inconvénients de la loi; mais il faut lui obéir, lorsqu'on rend la justice : *Nihil periculosius dici potest, et perniciosius quàm si judici cuilibet liceat æquitatem pro arbitrio sibi fingere, et legi-*

bus illudere, prætextu hujus æquitatis quam ideò non malè cerebrinam quidam vocârunt (le président Fabre, *Jurisprudentia papinianea*, t. 1, p. 2). « Il n'y a personne, « disait Pussort, lors de la rédaction de l'ordonnance de « 1667, qui ne sache que le juge ne fait pas le droit, mais « seulement qu'il le déclare; il en est le dispensateur, et « non le maître. La puissance et la souveraineté sont en « la loi, et non pas en lui. »

275.—Cette indigne préférence donnée sur la loi à une équité chimérique, a inspiré à M. Toullier (t. 9, n° 29) ces paroles : « C'est toujours la raison d'équité que l'on « invoque, quand on veut s'écarter arbitrairement du « texte d'une loi civile et positive, comme c'est la raison « d'État qu'on invoque quand on veut suspendre, écarter « ou violer une loi constitutionnelle. — Il est difficile de « bannir entièrement cette doctrine trompeuse, et d'é- « carter ce fantôme d'équité qui vient si souvent se placer « entre la loi et les juges, lesquels, n'ayant pas assez pro- « fondément médité ses dispositions, sont naturellement « portés à l'arbitraire, autant par caractère que par pa- « resse.... Dieu nous garde de l'équité du Parlement, « disait le proverbe. » L'expression est un peu sévère, mais le conseil est bon. Le juge doit s'instruire des lois, et leur obéir; c'est son devoir; il en fait le serment.

En effet, juger contre le texte ou l'esprit de la loi, sous prétexte d'équité, c'est blesser profondément l'équité elle-même; car cette loi que l'on viole était un droit acquis à l'une des parties; or la priver arbitrairement de ce droit qu'elle ne tenait pas du juge, mais de la loi dont il est l'organe, nous ne craignons pas de le dire, c'est de la part de ce juge le comble de l'iniquité.

Sous un autre rapport, c'est encore une injustice; car

celui qui gagne ainsi un procès qu'il devait perdre, ne doit peut-être, ou peut-être ne devra la conservation de sa fortune qu'à la loi que l'on viole aujourd'hui en sa faveur. Il faut donc s'en tenir à cette règle : *In his quæ scripto palàm comprehensa sunt, etiàmsi prædura videantur, judex à scripto recedere non potest; in his autem quæ palàm scripto comprehensa non sunt, judex spectare debet æquitatem* (1).

276. — Que la loi soit donc religieusement observée dans tous les cas qu'elle a prévus; et ce que nous disons de la loi, il faut aussi l'entendre (*ordine servato*) de l'usage qui en est le premier suppléant, et des conventions qui se confondent en quelque sorte avec la loi, car elles en tiennent lieu à ceux qui les ont faites. Tout en restant soumise à la loi, l'équité n'est pas encore impuissante, particulièrement devant les tribunaux de commerce, puisque c'est elle qui en éloigne les subtilités de droit et de procédure, et qu'elle préside, comme le dit Émerigon, *à la sage application des lois aux cas particuliers.* Le législateur ne dispose jamais, ne peut jamais disposer que d'une manière abstraite, *in genere;* l'office du juge est d'appliquer la disposition à chaque espèce. Il n'est donc presque pas de litiges où l'on ne soit plus ou moins obligé de procéder par équation de la loi au fait. Mais, comme le dit Sénèque, la formule de la loi est étroite, et son interprétation pour ainsi dire illimitée : *Legis scriptum angustum est, interpretatio diffusa.* Or c'est l'équité, ce premier assesseur du juge, qui lui inspire et le discernement nécessaire dans cette difficile interprétation de la loi, et la modération convenable dans l'appréciation des circonstances

(1) V. Favart, v° équité.

qui varient à l'infini : *Pro infinitis circumstantiis*, dit Dumoulin, (*æquitas*) *alia est atque alia, non in se* (*quia semper in se eadem ubique est, et apud omnes, ut pulchrè et divinè scripsit Cicero in lib. 3 de Repub.*), *sed pro subjecti casûs varietate* (Molin, t. 2, p. 154, col. 2).

277. — Mais, s'il n'y a pas de convention ou qu'elle soit muette sur le point en litige, si le législateur ne l'a pas prévue et qu'aucun usage ne s'y applique, c'est alors que commence l'empire de l'équité, non plus de cette équité subordonnée à la loi écrite et simple conseillère du magistrat, mais de l'équité souveraine, de l'équité-loi, de l'équité-juge, de cette équité dont il est dit : *Est vera lex, vera ratio*, en un mot, de l'équité naturelle. Maintenant quelles sont les règles à suivre dans l'application de cette équité aux cas qui lui compètent? Il n'en existe, et, à bien dire, il ne peut en exister qu'une seule : *quantò æquius, melius.* Cette formule que Cicéron (1) trouve si belle, les Romains ne l'adaptaient qu'à un genre d'affaires (*res uxoriæ*); chez nous l'art. 4 du Code civil la délivre d'avance aux juges, en leur enjoignant de juger nonobstant le silence, l'obscurité ou l'insuffisance de la loi. On n'en saurait donner, pensons-nous, une meilleure paraphrase que ces sages paroles d'un jurisconsulte : *Si quæ facti species, necdùm ullâ lege comprehensa, in judicium deducatur, boni et solertis judicis officio incumbit, ex variis loci, temporis, personarum aut facti circumstantiis religionem suam instruere, atque omnibus æquâ lance perpensis, justâ interpretatione et controverso judicio finem imponere, et quod is ità statuit,* illud est quod nos æquum dicimus. Quelquefois une demande, quoique fondée sur

(1) *De Offic.*, lib. 3, 15.

des principes d'équité, est balancée par d'autres motifs d'équité contraires; la loi romaine dit qu'alors, pour décider avec sagesse, le juge doit prendre un juste tempérament : *Quoties æquitate desiderii naturalis ratio aut dubitatio juris moratur, justis decretis res temperanda est* (L. 85, § 2, D. *de reg. juris.*). C'est sur cette loi qu'a été calqué l'art. 565 du Code civil qui subordonne *entièrement aux principes de l'équité naturelle* le droit d'accession quand il a pour objet deux choses mobilières appartenant à deux maîtres différents. Que le juge consulte donc sa conscience, *habito semper intuitu ad Deum et veritatem*, comme le dit Casaregis (Disc. 32, n° 13) ; encore se trompe-t-on en équité comme en toute autre chose, car souvent ce qui paraît équitable à l'un, ne le sera pas au jugement d'un autre. Pourquoi ? Parce que ce n'est pas toujours assez de la conscience, si elle n'est éclairée par l'instruction et guidée par la perspicacité qui n'ont pas chez tous la même étendue. Pour bien juger certaines affaires, même *ex æquo et bono*, il ne suffit pas de vouloir; il faut savoir.

278. — Quant à la jurisprudence, on disait autrefois qu'elle pouvait, qu'elle devait même servir de règle dans tous les cas que le loi n'avait pas clairement prévus. Mais on ne qualifiait alors de jurisprudence que ce que la loi romaine appelle *series rerum perpetuò similiter judicatarum.* (L. 38, D. *de legib.*). Aujourd'hui telle est la versatilité des décisions judiciaires qu'il n'est pour ainsi dire pas une seule cause où l'on n'entende invoquer, et souvent en nombre égal, des arrêts de Cours d'appel et même de la Cour régulatrice, pour et contre la question soumise aux débats. Nous avons donc, non pas une suite d'arrêts jugeant constamment de la même manière des

questions qui d'abord avaient paru douteuses, mais une controverse sans fin, une perpétuelle contrariété d'arrêts, par conséquent point de jurisprudence qui puisse, comme le dit la même loi romaine, *vim legis obtinere*; il s'ensuit que le juge consulte les arrêts pour s'instruire, mais non pour en faire la règle de sa décision; comment le pourrait-il? S'il la conforme aux uns, elle sera nécessairement en contradiction avec les autres.

FIN DU PREMIER VOLUME.

TABLE

DES CHAPITRES ET DES PARAGRAPHES

DU 1er VOLUME

APPENDICE.



TRAITÉ
THÉORIQUE ET PRATIQUE
DE
DROIT COMMERCIAL

NOUVELLE ÉDITION ET NOUVELLE DIVISION

COMPRENANT DANS UN ORDRE NOUVEAU L'OUVRAGE PUBLIÉ SOUS LE TITRE

DU CONTRAT DE COMMISSION

PAR

MM. DELAMARRE ET LE POITVIN (DE RENNES)

En 6 volumes in-8. — Prix 48 francs.

SOMMAIRE DU 1er VOLUME. — CHAPITRE 1. Il existe un droit naturel; le Code civil et le Code de comm. sont deux applications de ce droit à deux ordres définis de choses; indépendance réciproque et législativement proclamée de l'un et l'autre Code; le C. de comm. a son droit écrit, son droit non écrit; [illegible], l'équité, l'intérêt du commerce en sont le supplément; ordre dans lequel le juge doit recourir aux divers moyens de faire droit.

CHAPITRE 2. — De la commercialité, son organisation, constitution de l'état du commerçant; définition du commerçant, ses conditions, sa nécessité, ses conséquences; liberté du commerce, de l'industrie, du travail; exceptions, restrictions, incapacités; obligations inhérentes à la profession du commerçant; principes sur la constitution des personnes morales (sociétés-personnes) qui peuvent faire le commerce.

CHAPITRE 3. — Principes généraux sur l'intervention et la liaison des volontés dans les conventions commerciales, notamment les achats et ventes; effet de la convention; l'obligation est de sa nature intranslative de la propriété; caractère de l'obligation, caractère de la propriété; théorie rationnelle de l'acquisition et de la transmission de la propriété.

CHAPITRE 4. — Des divers modes de preuve en matière de conventions commerciales et des usages du commerce.

2e ET 3e VOLUMES. — Du contrat de commission.

4e ET 5e VOLUMES. — Des achats et ventes du commerce.

PRINCIPES GÉNÉRAUX SUR LA LETTRE DE CHANGE, ET L'ASSURANCE MARITIME.

6e VOLUME. — De la faillite et de la banqueroute, rétention; revendication

Paris. — Typ. Cosson et Comp., rue du Four-Saint-Germain, [illegible].



